



“Gehandicapten” testament en het nieuwe erfrecht (II, slot)

In het eerste gedeelte van dit opstel is ingegaan op de inhoud van het testament en het doel daarvan en de vorm en de omgang van de legitieme.

Hieronder zullen aan de orde komen het bewind, de tweetrapsmaking en de rol van de Kantonrechter.

C. *Bewind algemeen*

Zoals hiervoor vermeld worden zowel de rechten en aanspraken van de gehandicapte als het fonds onder bewind gesteld.

Hierover enkele opmerkingen:

1. Omdat het bewind op het fonds rust kunnen krachtens art. 4:175 (kortgezegd) privé-schulden van de gerechtigde tot het fonds niet op het fondsvermogen worden

verhaald. Dat biedt een bescherming voor de gehandicapte.

2. Als op het vermogen van de gehandicapte al een bewind is gesteld als bedoeld in titel 19 van Boek 1, heeft dat dan invloed op het testamentaire bewind? Dit probleem speelt feitelijk natuurlijk alleen als de testamentair bewindvoerder een ander is dan de bewindvoerder krachtens boek 1 BW.

Als *lex-specialis* zal het testamentair bewind vóórgaan. Anders zou een testamentair bewind geen gevolgen hebben als er al een “boek 1”-bewindvoerder is benoemd.

Wel zal de testamentaire bewindvoerder aan de andere bewindvoerder rekening en verantwoording moeten afleggen.

Wellicht verdient het aanbeveling (en dat zal in de praktijk denk ik ook gebeuren) dat beide bewind-

voederschappen bij dezelfde persoon berusten.

3. Om mogelijke discussies over de bestemming van de opbrengsten (behoren die tot het vruchtgebruik of niet?) te voorkomen zou ik het fonds in zijn totaliteit (dus zowel de blote eigendom (in een Belgische akte kwam ik de term “naakte eigendom” tegen) als het vruchtgebruik) onder bewind stellen en één en dezelfde persoon tot bewindvoerder benoemen.
4. Als de Kantonrechter de bewindvoerder geen machtiging verleent om het testament uit te voeren conform de wens van de erflater, zal de bewindvoerder namens de gehandicapte moeten verwerpen. Daarmee zou mijn inziens ook zijn bewind van de baan zijn. Dat is de reden dat de rechten en aanspraken onder bewind zijn gesteld: een recht om zich op de legitieme te beroepen valt daar ook onder. Door de verwerping vervalt het testamentair bewind dan niet.

D. *Aantasting bewind*

1. Hier komt wat betreft het bewind op de rechten en aanspraken van de gehandicapte art. 4:75 BW om de hoek kijken.

Dit artikel bepaalt in lid 1:

“De waarde van hetgeen een legitimaris krachtens erfrecht onder bewind kan verkrijgen, komt ook bij verwerping in mindering op zijn legitieme portie, indien het bewind is ingesteld op de in de uiterste wil vermelde grond:

- a. dat de legitimaris ongeschikt of onmachtig is in het beheer te voorzien.”

Het zal duidelijk zijn dat de gehandicapte niet in staat is in het beheer te voorzien.

Mits deze clause dus maar in het testament is opgenomen, kan het bewind niet met een beroep op de legitieme worden teniet gedaan, althans het heeft geen zin te verwerpen omdat de gehandicapte dan zeer waarschijnlijk niets meer krijgt. Hier kan zich weer het probleem voordoen van de waarde van het vruchtgebruik (zie hiervoor). Als dit lager is dan 50% van de waarde van de volle eigendom zou de legitimaris toch nog wat krijgen.

Wat gebeurt er nu als de Kantonrechter eist dat namens de gehandicapte een beroep op de legitieme wordt gedaan? Volgens art. 73 ontvangt hij dan zijn legitieme zonder “korting” en volgens art. 75 met korting. Wat prevaleert?

2. Vanzelfsprekend is het bewind op het fonds door de andere kinderen niet aantastbaar: aangezien de andere kinderen dit fonds extra krijgen is er per definitie geen aantasting van de legitieme.

E. *Machtiging kantonrechter*

Heeft de bewindvoerder, als hij het vruchtgebruik namens de gehandicapte accepteert, de machtiging van de

Kantonrechter nodig?

Art. 4: 169 BW bepaalt in dit verband dat de bewindvoerder met toestemming van de rechthebbende andere dan beheershandelingen mag verrichten. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat als de toestemming niet wordt verleend (en dat zal zich hier voordoen omdat de gehandicapte niet bij machte is de toestemming te verlenen) de Kantonrechter de toestemming desgewenst door zijn machtiging kan vervangen. De Kantonrechter kan de machtiging verlenen onder zodanige voorwaarden als hij geraden acht. Naar mijn mening hangt het af van de reden waarom een beroep op de legitieme wordt gedaan. De Kantonrechter zal van de bewindvoerder hooguit eisen dat hij een beroep doet op de legitieme in verband met het legaat van vruchtgebruik. Een beroep op de legitieme in verband met aantasting van het bewind is niet in het belang van de gehandicapte.

Tweetrapsmaking

Als het vruchtgebruik door de bewindvoerder met machtiging van de Kantonrechter wordt geaccepteerd, is een tweetrapsmaking eigenlijk niet nodig:

Door het overlijden van de gehandicapte vervalt immers het vruchtgebruik van rechtswege. Er vererft niets meer van het door de gehandicapte verkregen vruchtgebruik van hem naar zijn broers of zusters.

Successierecht is dan niet verschuldigd. art. 10 van de Successiewet is immers niet van toepassing.

Er rijzen nog 2 vragen:

- a. kan de tweetrapsmaking wel ten aanzien van de vruchten krachtens het vruchtgebruik worden gemaakt?
- b. is de tweetrapsmaking aan te tasten met een beroep op de legitieme?

Ad a

Omdat het vruchtgebruik vervalt bij het overlijden zal er per definitie geen restant van het geërfde vermogen zijn bij het overlijden van de vruchtgebruiker. De tweetrapsmaking kan naar mijn mening geen betrekking hebben op de vruchten zelf omdat die pas na het overlijden van de erflater-installer van het vruchtgebruik vervallen en dus niet tot het geërfde vermogen behoren.

Ad b

Hier speelt art. 4:73 weer een rol: de tweetrapsmaking is een last die op het legaat wordt gelegd. Verwerping kan dus weer straffeloos geschieden.

Hoe nu als namens de gehandicapte een beroep op de legitieme wordt gedaan en deze dus een vordering op de erfgenamen krijgt?

Door de verwerping vervalt het gehele testament voor de gehandicapte: in principe geldt de tweetrapsmaking dan ook niet meer voor hem.

Is dit te voorkomen door in het testament een bepaling op

te nemen dat de tweetrapsmaking uitsluitend geldt als een beroep op de legitieme wordt gedaan? Het zou mooi zijn, maar ik vermoed dat het niet kan. Uit de tekst van de artt. 4:72 en 4:73 BW blijkt duidelijk dat een last voor de legitieme niet wordt geaccepteerd. Wellicht is hierover met de Kantonrechter overleg te voeren.

Slotopmerkingen

Het vorenstaande beoogt geen uitputtende behandeling van de materie. Ik heb slechts een aantal problemen geschetst die zich in de praktijk kunnen voordoen. Een goede redactie van het testament, waarin ook wordt geregeld wat er gebeurt als een beroep op de legitieme wordt gedaan is onontbeerlijk.

Overleg met de Kantonrechter over de uitvoering is noodzakelijk, zeker als hij eist dat een beroep op de legitieme

wordt gedaan. Net als onder het oude recht zou het wenselijk zijn dat de Kantonrechters een beleid over deze kwestie ontwikkelen, op basis van het nieuwe erfrecht. Dit hoeft niet landelijk omdat de meeste kantoren met de Kantonrechter in de eigen regio te maken hebben. Een landelijk beleid zou echter wel mooi zijn.

Zeker nu de Kantonrechter onder het huidige recht ten aanzien van het erfrecht met vele wettelijke taken is belast, hoeft het toch niet moeilijk te zijn een landelijk beleid te bepalen. Wellicht dat dit opstel hiertoe een aanzet geeft!

*Mr. W. Meijling**

* Notaris te Losser.