

University of Groningen

Het Fideicommis en de (vaststelling van de) omvang van het vermogen

Brinkman, Ronald; Lieber, J.H.

Published in:
 Fiscaal Tijdschrift Vermogen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Brinkman, R., & Lieber, J. H. (2019). Het Fideicommis en de (vaststelling van de) omvang van het vermogen. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2019(11-12), 17-25. [41].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

41. Het Fideicommissis en de (vaststelling van de) omvang van het vermogen

MR. DR. R.E. BRINKMAN EN MR. DRS. J.H. LIEBER

In de praktijk bestaat geregeld onduidelijkheid over de omvang van het fideicommissaire vermogen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde van een fideicommissaire erfstelling. Wij behandelen in dit artikel een aantal belangrijke elementen die de (vaststelling van de) omvang van het fideicommissaire vermogen beïnvloeden. Ingegaan wordt onder meer op: het bewijs ten aanzien van de omvang van het fideicommissaire vermogen, gewone lasten, vruchten en beleggingsplicht, verteren, zaaksvervanging en vermenging van fideicommissaire en eigen banktegoeden.

1. Inleiding

In de praktijk bestaat geregeld onduidelijkheid over de omvang van het fideicommissaire vermogen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde van een fideicommissaire erfstelling. Wij behandelen in dit artikel een aantal belangrijke elementen die de (vaststelling van de) omvang van het fideicommissaire vermogen kunnen beïnvloeden. Dat zijn achtereenvolgens: het bewijs ten aanzien van de omvang van het fideicommissaire vermogen (paragraaf 2), gewone lasten (paragraaf 3), vruchten en beleggingsplicht (paragraaf 4), verteren, inclusief schenken (paragraaf 5), zaaksvervanging (paragraaf 6) en vermenging van fideicommissaire en eigen banktegoeden (paragraaf 7).¹ Wij sluiten in paragraaf 8 af met een conclusie.

Wij gaan in dit artikel ervan uit dat de bezwaarde zal zijn vrijgesteld van de verplichting tot zekerheidsstelling (art. 3:206 lid 1 BW) en dat sprake is van een fideicommissis de residuo (ook wel genoemd een tweetrapsmaking met vervreemdings- en bezwaringsbevoegdheid en vervreemdings- en verteringsbevoegdheid).² Dit artikel is bedoeld als een handvat voor de praktijk en bevat de nodige analyses over kwesties die vaak rijzen. De omvang van de nalatenschap is praktisch van groot belang. Niet alleen als

de (toekomstige³) erfgenamen van de bezwaarde (die het eigen vermogen van de bezwaarde erven) anderen zijn dan de verwachters van het fideicommissaire vermogen. Ook als dit dezelfde personen zijn, blijft het onderscheid van belang, omdat de juridische en fiscale behandeling van de beide vermogens kan verschillen. Wij gaan ervan uit dat de vruchtgebruikbepalingen die wij hierna noemen, op grond van art. 4:138 lid 2 BW in beginsel van overeenkomstige toepassing zijn. Voor de situatie dat de bepaling in het testament is weggeschreven, is geanalyseerd wat in dat geval zou kunnen gelden.

2. Vaststellen af te geven vermogen: wie moet wat bewijzen?

Om te kunnen vaststellen hoe het fideicommissaire vermogen is samengesteld bij het begin van het fideicommissis en hoe het verloop daarvan is tot het einde daarvan staat de bezwaarde en de verwachter een aantal hulpmiddelen ter beschikking: de boedelbeschrijving (art. 3:205 lid 1 BW), de jaarlijkse opgave (art. 3:205 lid 4 BW) en de toonplicht (art. 3:206 lid 2 BW). Het betreft hier telkens verplichtingen van de bezwaarde, die de insteller niet buiten toepassing kan verklaren. Laat de bezwaarde na een boedelbeschrijving te maken, dan kan de verwachter op voet van art. 672 Rv de kantonrechter verzoeken een boedelbeschrijving door een notaris te bevelen.

1 Uiteraard zijn er meer elementen die van invloed zijn op de omvang van het fideicommissaire vermogen, die worden in deze bijdrage niet behandeld.
2 Het onderstaande is overigens ook van toepassing bij een zuiver fideicommissis, met uitzondering van par. 5 over vertering.

3 Hoewel het fideicommissis vaak eindigt bij het overlijden van de bezwaarde, eindigt het fideicommissis soms ook op eerder aangewezen tijdstippen (vgl. art. 4:56 lid 2-4 BW). Het gaat erom dat de bezwaarde uiteindelijk niet – bij leven of uiterste wil – onvoorwaardelijk over het fideicommissaire vermogen kan beschikken. Dat kan anders zijn als sprake is van een boerenplaatsje-clausule. Zie over dat laatste R.E. Brinkman, *Het fideicommissis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, par. 1.6.2, alsmede P. Blokland & A.H.N. Stollenwerck, De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot (I en II), *WPNR* 2004, afl. 6574 en 6575.

Desondanks komt het toch regelmatig voor dat bij het eind van het fideicommiss blijkt dat zowel een boedelbeschrijving als de jaarlijkse opgaven ontbreken en dat de verwachter geen gebruik heeft gemaakt van de toonplicht van de bezwaarde. Het spreekt voor zich dat de (erfgenamen van de) bezwaarde en de verwachter dan zo goed als mogelijk een reconstructie moeten maken van de samenstelling van het fideicommissaire vermogen en het verloop daarvan. Voor die reconstructie zou gebruik kunnen worden gemaakt van belastingaangiften (inzake erfbelasting en/of inkomstenbelasting van het overlijdensjaar van de insteller⁴ of inzake inkomstenbelasting van de bezwaarde), jaarrapporten (vooral bij ondernemers), de uitkomsten van onderzoek in de openbare registers (met name voor registergoederen) en aandeelhoudersregisters, onderzoek bij banken,⁵ andere financiële instellingen en de RDW (Dienst Wegverkeer).

Maar wat als dat niet lukt en er een geschil ontstaat? Op wie rusten dan de stelplicht en bewijslast? De verwachter die op voet van art. 3:215 lid 1 BW afgifte vordert van de goederen die tot het fideicommissaire vermogen behoren, zal in elk geval moeten stellen en bij betwisting bewijzen dat hij recht heeft op afgifte van die goederen. Dat zal meestal het probleem niet zijn. Dat blijkt immers uit de relevante beschikkingen in het testament van de insteller en de vervulling van de opschortende voorwaarde die is gesteld aan het erfgenaamschap van de verwachter (in de praktijk meestal het overlijden van de bezwaarde). Vervolgens rijst de vraag om welke goederen het gaat. De verwachter beroept zich erop dat de bezwaarde bepaalde goederen aan hem moet afgeven, namelijk de goederen van de fideicommissaire nalatenschap. Ingevolge art. 150 Rv moet hij dan ook stellen en bewijzen welke goederen dat zijn en hoe de fideicommissaire nalatenschap is samengesteld. De verwachter kan met het oog op die stel- en bewijsplicht ook na het einde van het fideicommiss alsnog een verzoek doen bij de kantonrechter een boedelbeschrijving door een notaris te bevelen.

Of hij de bezwaarde of diens erfgenamen alsnog kan aanspreken tot nakoming van de verplichtingen van art. 3:205 lid 1 en 4 BW om een notariële beschrijving van de goederen op te maken en de jaarlijkse opgaven toe te zenden is de vraag. Het fideicommiss is immers door het in vervulling gaan van de voorwaarde geëindigd. Wij menen dat het einde van het fideicommiss niet meebrengt dat de bevoegdheden die daarmee voor de verwachter gepaard

zijn gegaan, teniet zijn gegaan. Het alsnog uitoefenen van de bevoegdheden kan nog steeds in het belang zijn van de verwachter met het oog op een goede afwikkeling van het fideicommiss, hier in het bijzonder de vaststelling hoe het fideicommissaire vermogen is samengesteld. Deze bevoegdheden kan de verwachter ook uitoefenen jegens de erfgenamen van de bezwaarde, op wie de verplichtingen van art. 3:205 lid 1 en 4 BW zijn overgegaan (art. 4:182 lid 2 BW). De bezwaarde en zijn erfgenamen kunnen zich wel beroepen op verjaring. Wij nemen aan dat hier de algemene verjaringstermijn van twintig jaar van art. 3:306 BW geldt. Daarnaast zouden de bezwaarde of zijn erfgenamen zich onder omstandigheden kunnen beroepen op rechtsverwerking.

Is geen sprake van verjaring of rechtsverwerking en mochten vorenstaande mogelijkheden de verwachter niet baten, dan bestaat nog de mogelijkheid dat de rechter in een procedure de bewijslast van de verwachter verlicht en deze anders verdeelt. Het ligt hier het meest voor de hand dat de rechter dat doet door uit te gaan van het vermoeden dat het gehele vermogen van de bezwaarde tot de fideicommissaire nalatenschap behoort.⁶ De bezwaarde moet dan tegenbewijs leveren.⁷ De reden om dat hier te doen is dat de verwachter mede door toedoen van de bezwaarde in een onredelijk zware bewijspositie is beland en dat de feiten die hij moet bewijzen vooral zijn gelegen in het domein van de bezwaarde.⁸ De rechter kan de verwachter nog verder tegemoet komen en de bezwaarde belasten met het bewijs van het tegendeel. De bezwaarde kan het dan niet laten bij een ontzenuwing van het vermoeden, maar moet het tegendeel van datgene wat wordt vermoed aantonen, dat wil zeggen aantonen dat (of in hoeverre) zijn vermogen geen fideicommissair vermogen is. Het zal telkens van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of en zo ja welke

4 Roerende zaken worden veelal niet gespecificeerd in de aangifte erfbelasting en zijn veelal vrijgesteld van heffing in box 3 van de inkomstenbelasting, zie art. 5.3 lid 2 onderdeel c en art. 5.9 Wet IB 2001).

5 De bewaarplicht van banken is, ook al leven we in het digitale tijdperk, helaas niet onbeperkt. De wettelijke bewaartermijn is zeven jaar (art. 2:10 lid 3 BW), maar in de praktijk zijn soms oudere gegevens boven tafel te halen. Deze bewaarplicht kan ook een probleem vormen bij ondernemers die hun onderneming in de vorm van een rechtspersoon drijven. Mogelijk heeft de accountant of boekhouder nog wel oudere rapporten opgeslagen.

6 Zie ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fideicommiss de residuo* (diss. Nijmegen), Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 128 met dezelfde gedachte als de bezwaarde niet zorgt voor een boedelbeschrijving. In art. 4:24 lid 3 BW is een dergelijk bewijsvermoeden ook opgenomen voor wilsrecht-goederen.

7 Dat betekent dat de bezwaarde bewijs moet aandragen dat het vermoeden ontzenuwt dat zijn gehele vermogen fideicommissair vermogen is. De bezwaarde heeft de bewijsleveringslast, maar krijgt niet het bewijsrisico. Dat blijft bij de verwachter en verwezenlijkt zich als het tegenbewijs slaagt. Zie R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer (online en boek), par. 4.3.1.

8 Zie R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer (online en boek), par. 5.3. en *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/294. Ter ondersteuning van de positie van de verwachter en de vraag hoe de bewijslast moet worden verdeeld, zou de hereditatis petitio (art. 4:183 BW) nog van stal kunnen worden gehaald. Daaruit vloeit voort dat de verwachter de goederen van de nalatenschap kan opvorderen van de bezwaarde (of diens erfgenamen), nu laatstgenoemde deze goederen zonder recht houdt. Ook de goederen die hangende de voorwaarde krachtens zaaksvervangings tot het fideicommissaire vermogen zijn gaan behoren, vallen (in tegenstelling tot goederen die na de vervulling van de voorwaarde door zaaksvervangings in de plaats van de fideicommissaire goederen zijn getreden) onder de hereditatis petitio. Op grond van de hereditatis petitio dient de bezwaarde (of zijn erfgenamen) openheid van zaken te geven omtrent de goederen die tot het fideicommissaire vermogen behoren. Zie P.C. van Es, 'De ontfaarde hereditatis petitio', *TE* 2013/2.

andere verdeling van de bewijslast dan die als hoofdregel in art. 150 Rv is gegeven nodig is.

Als het wel gelukt is de samenstelling van het fideicommissaire vermogen bij het begin vast te stellen, is daarmee nog niet gegeven wat er dan aan het einde over is en welke goederen aan de verwachter afgegeven moeten worden. Art. 3:215 lid 1 BW geeft daarvoor de regel. De verwachter kan aanspraak maken op alle goederen die er in het begin waren en wat daarvoor door zaaksvervangende in de plaats is getreden. De bezwaarde moet bewijzen dat goederen zijn verteerd of door toeval teniet zijn gegaan en dat bij vervreemding van goederen geen zaaksvervangende heeft plaatsgehad. Hij zal dus moeten vertellen wat er met de goederen die er in het begin waren, is gebeurd. Lukt dat de bezwaarde niet, dan ligt het ook hier voor de hand dat de rechter uitgaat van het vermoeden dat het gehele vermogen van de bezwaarde tot de fideicommissaire nalatenschap behoort of dat de rechter de bezwaarde zelfs belast met het bewijs van het tegendeel.

Vervreemding van goederen kan om niet geschieden bij wege van schenking of gift. Er is dan geen sprake van zaaksvervangende. Vraag is wel of de bezwaarde bevoegd was andere schenkingen of giften te doen dan de gebruikelijke kleine geschenken van art. 3:215 lid 3 BW.⁹ Is dat niet het geval dan zal hij schadeplichtig zijn wat de geschenken goederen betreft.

Als de vervreemding om baat is geschied, komen we op het lastige terrein van zaaksvervangende (art. 3:213 BW) en vergoedingsrechten. Dat goederen door zaaksvervangende zijn gaan behoren tot het fideicommissaire vermogen en vergoedingsrechten of -plichten tussen dat vermogen en het eigen vermogen van de bezwaarde zijn ontstaan, moet de verwachter stellen en bewijzen. Wel moet de bezwaarde de verwachter alle gegevens over de beide vermogens geven die nodig zijn om aan die stelplicht en bewijslast te voldoen. Doet hij dat niet of is het vanwege opvolgende vervangingen heel moeilijk vast te stellen welke goederen nog tot het fideicommissaire vermogen behoren, dan kan er weer aanleiding zijn voor het hierboven genoemde bewijsvermoeden of zelfs van het opleggen van de genoemde bewijslast van het tegendeel.¹⁰

3. Gewone lasten

Gewone lasten worden door de bezwaarde (met zijn eigen vermogen) gedragen en verricht (art. 3:220 lid 1 BW).¹¹ De vraag rijst wat gewone lasten zijn. Daaronder kunnen in ieder geval worden verstaan:

- de rente van schulden die tot het fideicommissaire vermogen behoren;¹²
- schulden die voortvloeien uit art. 6:173, 6:174 en 6:179 BW (aansprakelijkheid voor bezitters van roerende zaken, opstallen en dieren);¹³
- periodiek terugkerende kosten, zoals de onroerende-zaakbelasting bij een woning of andere onroerende zaak, waterschapslasten, de kosten van een bankrekening ten behoeve van een effectenportefeuille of het verrichten van reparaties aan met fideicommis belaste goederen.¹⁴ Het verrichten van reparaties behoort tot het beheer van de bezwaarde over de met fideicommis belaste goederen (art. 3:207 lid 2 BW). Een onderhoudsplicht van aan het fideicommis onderworpen goederen kan worden afgeleid uit de zorgplicht die de bezwaarde voor het fideicommissaire vermogen heeft (art. 3:207 lid 3 BW).¹⁵

Lastiger is de vraag ten laste van welk vermogen de inkomstenbelastingheffing komt ter zake van het fideicommissaire vermogen. Dat fideicommissaire vermogen kan zowel in box 1 (als het gaat om een woning, ter beschikking gesteld vermogen of een onderneming), box 2 (aanmerkelijkbelangaandelen) als box 3 (de vermogensrendementsheffing) belast zijn. Kan gezegd worden dat, nu de bezwaarde ook recht heeft op de vruchten (zie paragraaf 4), de bezwaarde ook de belastingheffing voor zijn rekening moet nemen? Dat is voor ons te kort door de bocht. We menen dat de volgende uitgangspunten kunnen worden gehanteerd:

- voor zover het genot of de vruchten van het fideicommissaire vermogen de bezwaarde toekomen, en in verband met dat periodieke genot of die vruchten ook periodiek inkomstenbelasting wordt geheven,¹⁶ komt ook de inkomstenbelastingheffing voor rekening van (het eigen vermogen van) de bezwaarde, waarbij, als sprake is van een progressief tarief, bij gebrek aan een wettelijke of testamentaire regeling, wij zouden pleiten voor een gemiddelde tariefdruk;
- voor zover de heffing plaatsvindt ter zake van het overlijden van de insteller over de waarde van vermogensbestanddelen, is bij de heffing sprake van een schuld die naar zijn aard ten laste van het fideicommissaire ver-

9 Onder het oude erfrecht bepaalde art. 4:1036 BW (oud) dat de bezwaarde erfgenaam bevoegd was zelfs bij schenking onder de levenden te beschikken, tenzij de erflater dat had verboden.

10 In gelijke zin ook A.H.N. Stollenwerck, *Het fideicommis de residuo* (diss. Nijmegen), Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 98. Zie over zaaksvervangende en vergoedingsrechten R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, par. 2.7.

11 Op herstellingen als bedoeld in art. 3:220 BW zullen wij hier niet ingaan.

12 Zie R.E. Brinkman, 'Vruchtgebruik, in het bijzonder van geldvorderingen en ten aanzien van schulden', *WPNR* 2010, afl. 6837.

13 Hetgeen ook uit art. 3:207 lid 3 BW afgeleid zou kunnen worden.

14 Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Arnhem 16 april 1992, KG 1992, 179, ECLI:NL:RBARN:1992:AH3948 en Pres. Rb. Noord-Holland, 5 februari 2014, *NJF* 2014/186, ECLI:NL:RBNHO:2014:2029.

15 Zie ook M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 271-272.

16 Waarbij in box 3 niet de werkelijke genoten vruchten, maar een fictief rendement in aanmerking wordt genomen.

mogen komt.¹⁷ Bijvoorbeeld de heffing over het verschil tussen de werkelijke waarde en de lagere boekwaarde (van een onderneming in box 1¹⁸) of over het verschil tussen de vervreemdingsprijs en de lagere verkrijgingsprijs (box 2¹⁹).

Zou art. 3:220 lid 1 BW door de insteller zijn uitgesloten, dan doet deze er verstandig aan te beschrijven welke lasten dan wel door de bezwaarde zelf gedragen of verricht moeten worden (of welke lasten ten laste van het fideicommissair vermogen komen²⁰). Bij gebreke van een concrete regeling in het testament, dient – zo nodig op grond van art. 3:207 lid 3 BW – art. 3:220 lid 1 BW alsnog overeenkomstig toegepast te worden.

4. Vruchten en beleggingsplicht

4.1 Vruchten²¹

Naar onze ervaring wordt over het algemeen niet vaak door de insteller (lees: de notaris) gebruikgemaakt van de mogelijkheid om bij de instelling van het fideicommis nader te bepalen wat als vrucht moet worden beschouwd (art. 3:216 tweede zin BW). Dat betekent dat teruggevallen moet worden op de algemene leerstukken over wat (natuurlijke en burgerlijke) vruchten zijn. Wij stippen twee kwesties over de vruchten aan, waarbij uitgangspunt is dat de bezwaarde er belang bij kan hebben zoveel mogelijk vruchten te genereren en – zeker met het oog op de vervulling van de voorwaarde – meestal minder belang heeft bij instandhouding van het vermogen.²² Wat (sterk) speculatieve beleggingen (in verband met verwachte hoge opbrengsten die als vrucht kunnen worden aangemerkt) betreft, verwijzen wij naar paragraaf 4.2.

Hier bespreken wij de aankoop door de bezwaarde van een lijfrente met fideicommissair vermogen. Art. 3:9 lid 3 BW bepaalt dat de afzonderlijke termijnen van een lijfrente als vruchten van het recht op de lijfrente gelden. Betekent dit ook dat de bezwaarde op deze wijze in feite fideicommis-

sair vermogen kan omzetten in vruchten die tot zijn eigen vermogen gaan behoren?

In de Toelichting Meijers bij dit artikel staat dat theoretisch wellicht juist is dat in iedere termijn een deel vrucht en een deel restitutie van kapitaal kan worden onderscheiden. Niettemin is deze theoretische opvatting uit het oogpunt van eenvoud in art. 3:9 lid 3 BW verlaten, door te bepalen dat de afzonderlijke termijnen van een lijfrente als vruchten van het recht op de lijfrente moeten worden aangemerkt. Voor lijfrenten die reeds bij leven van de insteller zijn opgebouwd en die na het overlijden van de insteller doorlopen en tot het fideicommissaire vermogen behoren, kunnen wij ons vinden in deze praktische wettelijke oplossing. Voor lijfrenten die na het overlijden van de insteller worden aangekocht, gaat deze regeling echter in beginsel te ver en kan niet volgehouden worden dat art. 3:9 BW geldt. Genot van vruchten mag naar ons idee niet worden verkregen ten koste van het goed dat tot het betreffende vermogen behoort. Wij nemen daarom aan dat als de bezwaarde fideicommissair vermogen onttrekt (dat op andere weg in zijn eigen vermogen terugkomt) daartegenover een vergoedingsplicht (ten laste van zijn eigen vermogen) ontstaat van een bedrag gelijk aan het onttrokken vermogen.²³ De lijfrente zelf behoort dan (net als de daaruit voortvloeiende termijnen) tot het eigen vermogen van de bezwaarde.

4.2 Beleggingsplicht

De beleggingsplicht bestaat uit twee elementen (art. 3:214 BW). Zij omvat enerzijds de plicht om ‘in overleg met de verwachter’ de gelden te beleggen (of in het belang van de overige aan het fideicommis onderworpen goederen te besteden) en anderzijds de plicht om dat ‘vruchtdragend’ te doen. Wat precies de ratio is van de verplichting om de gelden ‘vruchtdragend’ te beleggen, is ons een raadsel. De vruchten van het belegde vermogen komen immers aan de bezwaarde (in zijn eigen vermogen) toe.²⁴ Zou het belang daarvan dan (enkel) zijn die vruchten die niet hangende de voorwaarde afgescheiden of opeisbaar worden? Hoe dat ook zij, het eerstgenoemde element (‘in overleg met de verwachter’) kan voorkomen dat de bezwaarde (sterk) speculatief belegt. De bezwaarde kan immers belang hebben bij (sterk) speculatieve beleggingen, als hij ervan mag uitgaan dat een waardedaling van de belegging ten laste van het fideicommissaire vermogen komt, terwijl de (verwachte) hoge opbrengsten de bezwaarde (in zijn eigen

17 Vgl. A.H.N. Stollenwerck, *Het fideicommis de residuo* (diss. Nijmegen), Ars Notariatus nr. XXXIV, Kluwer: Deventer 1986, p. 91, en A.H.N. Stollenwerck, ‘Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking’, *FTV* 2007/6. Anders dan Stollenwerck achten wij schulden die voortvloeien uit ‘gewone lasten en herstellingen’ niet behorend tot het fideicommissaire vermogen.

18 Zie art. 3:58 Wet IB 2001. Zou de claim worden doorgeschoven naar de bezwaarde (art. 3:62 Wet IB 2001) en pas later (bij een vervreemding) tot een afrekening leiden, dan zal de toekomstige heffing onzes inziens tot een fideicommissaire schuld leiden, althans voor zover wordt geheven over de bij overlijden aanwezige of daarna aan het fideicommissaire vermogen toe te rekenen waarde.

19 Art. 4:16 lid 1 onderdeel e Wet IB 2001. Zie ook noot 18 voor de situatie bij doorschuiving (nu echter op grond van art. 4:17a of 4:17b Wet IB 2001) en latere afrekening.

20 De insteller zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat alle lasten en herstellingen ten laste van het fideicommissair vermogen komen.

21 Art. 3:201 jo. 3:216 BW kan men niet wegschrijven. Dat laat onverlet dat de bezwaarde de verplichting opgelegd kan krijgen om de vruchten die in zijn eigen vermogen vallen, af te geven aan de verwachter.

22 Dat geldt zeker als de verwachters van de insteller andere personen zijn dan de erfgenamen van de bezwaarde.

23 Vgl. HR 23 mei 1958, *NJ* 1958/458 (*Pierlot/Kremer*), waarover nader T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik*, Preadvies voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 1999, p. 22-24 en HR 5 oktober 2007, *NJ* 2008/296, waaruit volgt dat de bezwaarde bevoegd lijkt gelden te onttrekken aan het fideicommissaire vermogen, mits hij daar tegenover een vergoedingsplicht accepteert jegens het fideicommissaire vermogen. Zie ook J.B. Spath, *Zaaksvervangning*, Serie Onderneming en Recht, Kluwer: Deventer 2010, p. 241 en S. Perrick, *Zaaksvervangning en de regels van het goederenrecht*, *WPNR* 2008, afl. 6753, onder 6.1.

24 Zie M.S. van Gaalen, *Vruchtgebruik*, Ars Notariatus nr. XCI, Kluwer: Amsterdam 2001, p. 268-269, die weliswaar overtuigend de ratio achter de beleggingsplicht als zodanig weergeeft, maar niet waarom die belegging vruchtdragend zou moeten.

vermogen) ten goede komen. In geval van geschil hierover, beslist daaromtrent de persoon die bij de instelling van het fideicommis daartoe is aangewezen, of bij gebreke van een zodanige aanwijzing, de kantonrechter (art. 3:214 lid 2 BW).²⁵ Dit is anders als de insteller de beleggingsplicht buiten toepassing heeft verklaard of hij de bezwaarde de bevoegdheid heeft gegeven om zonder toestemming van de verwachter over het vermogen (waaronder de gelden) te beschikken. In dat geval ligt de grens bij de verplichting van de bezwaarde om ten aanzien van de aan het fideicommis onderworpen goederen en het beheer daarover de zorg van een goed bezwaarde in acht te nemen (art. 3:207 lid 3 BW).²⁶ Bij (sterk) speculatieve beleggingen loopt de bezwaarde dus het risico om bij schending van die zorgplicht door de verwachter aangesproken te worden tot schadevergoeding op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Zou art. 3:214 BW zijn weggeschreven, dan geldt naar onze smaak dat de bezwaarde niet hoeft te overleggen omtrent de belegging van gelden, maar blijft zijn zorgplicht overeind. Dat zou bij (sterk) speculatieve beleggingen dus nog steeds tot een schadevergoedingsplicht van de bezwaarde jegens het fideicommissaire vermogen kunnen leiden (op grond van art. 6:162 BW).

5. Verteren,²⁷ inclusief schenken

Bij een fideicommis de residuo geldt, anders dan bij een zuiver fideicommis, dat de bezwaarde het recht heeft het fideicommissair vermogen te verteren. Wij stippen hier drie kwesties aan over de bevoegdheid tot vertering.²⁸

5.1 Mag de bezwaarde ook verteren ten gunste van zijn eigen vermogen?

Stel dat de bezwaarde op kosten van het fideicommissair vermogen een auto laat repareren die tot het eigen vermo-

gen van de bezwaarde behoort.²⁹ Betreft dat een vertering? En kunnen andere diensten die bijvoorbeeld worden uitgevoerd ten behoeve van het onderhoud of verbouwing van de woning die tot het eigen vermogen van de bezwaarde behoort, als vertering worden beschouwd? In beginsel ontstaat een vergoedingsrecht indien uit het fideicommissaire vermogen betalingen worden verricht die uit het eigen vermogen hadden moeten worden gedaan. Dat kan anders zijn als die betaling ook vertering is, dan ontstaat geen vergoedingsrecht. Verteren betekent ‘opmaken, zonder dat er iets voor in de plaats komt of iets overblijft’.³⁰ De vraag is dan of ten laste van het ene (fideicommissaire) vermogen iets wordt ‘opgemaakt’, zonder dat in het andere (eigen) vermogen daarvoor iets in de plaats komt of overblijft. Voor de reparatie of het onderhoud van goederen geldt in beginsel dat er geen waarde voor in de plaats komt. Repareren en onderhouden gebeuren immers vooral ter behoud en voortzetting van het normale genot van een goed, niet om daarmee het goed meer waard te maken.³¹ Zou een verbouwing van de eigen woning van de bezwaarde ten koste van fideicommissaire middelen die woning meer waard maken, dan komt er dus iets (waarde) voor in de plaats. In dat geval is de bezwaarde verplicht aan het fideicommissaire vermogen de door de verbouwing ontstane ‘meerwaarde’ te vergoeden.³²

5.2 Is de bezwaarde die bevoegd is tot vervreemden ook bevoegd tot het doen van schenkingen ten laste van het fideicommissair vermogen?

Art. 3:212 lid 1 BW, handelend over ‘vervreemden en bezwaren’ (in lid 2 van bedoeld artikel samengevat met de term ‘beschikken’), dient onderscheiden te worden van art. 3:215 lid 1 BW, dat spreekt over ‘vervreemden en verteren’. Waar in het eerste geval bij vervreemden van een tegenprestatie sprake is (in welk geval zaaksvervanging optreedt, art. 3:213 BW, en de aanspraak van de verwachter op het vervangen goed rust) en bij bezwaring het goed zelf in stand

25 Tegen een beschikking van de kantonrechter krachtens art. 3:214 lid 2 BW is geen hogere voorziening toegelaten.

26 HR 9 januari 1998, NJ 1999/285, m.nt. WMK, waarover T.J. Mellema-Kranenburg, *Vruchtgebruik*, Preadvis voor de Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 1999, p. 30-31, die bij minderjarige hoofdgerechtigden (waaronder ook minderjarige verwachters zouden kunnen worden verstaan) extra streng is (speculatief beleggen is dan ‘uit den boze’).

27 Zie over het verschil tussen verteren en verbruiken o.a. Autar e.a. (red.), T.J. Mellema-Kranenburg, *Compendium Estate Planning*, p. 309, Den Haag: Sdu 2017 en T.J. Mellema-Kranenburg, *GS Vermogensrecht*, art. 3:207 BW, aant. 2. Verdere bespreking van ‘verbruiken’ valt buiten het bestek van dit artikel. Wij merken alleen op dat als de bezwaarde een goed verbruikt terwijl dat niet is toegestaan (hetgeen ook bij vertering geldt), de bezwaarde schadeplichtig wordt op grond van art. 3:207 lid 3 BW jo. art. 6:162 BW. Verder merken wij in het algemeen op dat het wegschrijven van art. 3:215 lid 1 BW uit zijn aard niet kan: de insteller moet de bevoegdheid tot vertering juist verlenen, bij gebreke waarvan de bezwaarde niet mag verteren.

28 Deze kwesties behandelde auteur Brinkman in zijn proefschrift. Voor kwesties die hij daarin al wel besprak zie R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, met name par. 2.8.

29 Vanwege art. 4:138 lid 2 jo. art. 3:220 BW (op grond waarvan een normale reparatie ten laste van het eigen vermogen van de bezwaarde zou komen, tenzij de insteller anders heeft bepaald) zou dezelfde vraag gesteld kunnen worden over een auto die tot het fideicommissair vermogen behoort.

30 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2834, zie ook *Notafax* 2013/62, ‘Investeren in woning van ander was vertering van fidei-commissair vermogen’. Auteur Lieber was lid van de kamer die dit arrest heeft gewezen. In de casus van dit arrest (waarin een moeder een verbouwing van de woning van haar dochter betaalde met € 85.000 en daarvoor een persoonlijk woonrecht van het verbouwde deel ‘terug kreeg’) had ook gepast dat de moeder het ‘woonrecht’ verteerde in plaats van die € 85.000.

31 Al zou dat bijvoorbeeld anders kunnen zijn als de bezwaarde zijn eigen woning vlak voor een verkoop fors laat onderhouden of indien en voor zover de reparatie of het onderhoud ‘in wezen’ als verbouwing/verbetering gekenschetst kunnen worden.

32 Kost de verbouwing € 40.000, terwijl de waardeinstijging € 30.000 bedroeg, dan ontstaat een vergoedingsplicht die gebaseerd wordt op de waardevermeerdering van € 30.000 (zie R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, par. 2.7.2 voor de vraag of sprake is van een ‘nominale vergoeding’ of ‘beleggingsvergoeding’). De resterende € 10.000 kan in dat geval als vertering worden beschouwd.

blijft, blijft in het tweede geval na de vervreemding of vertering niets over: het vervreemde of verteerde goed is ‘op’.³³ Vervreemding en vertering zijn slechts toegestaan als dat door de insteller is bepaald. Is daarover niets bepaald, dan mag de bezwaarde niet verteren (en, zoals we hierna zullen zien, ook geen giften, ook geen gebruikelijke kleine giften, doen).³⁴

Als de bezwaarde wel de bevoegdheid tot vertering is toegekend, is hij dan ook bevoegd om te schenken? Krachtens art. 3:215 lid 3 BW geldt dat de bezwaarde van een fideicommiss de residuo de fideicommissaire goederen in dat geval ook voor gebruikelijke kleine geschenken mag bestemmen. Bij de vraag wat gebruikelijke kleine geschenken zijn, kan aangesloten worden bij de gebruikelijke, niet bovenmatige giften van art. 1:88 lid 1 onderdeel b BW.³⁵ Waar de reguliere verjaardagcadeautjes en giften aan goede doelen³⁶ waarschijnlijk onder deze uitzondering zullen vallen, is het moeilijk in abstracto de grens te bepalen waar gebruikelijke kleine giften overgaan in niet gebruikelijke en/of grote giften. Voor de goede orde: ook een gebruikelijke, maar grote gift is niet toegestaan; dat geldt ook voor een kleine maar niet gebruikelijke gift. Het gaat dus om een cumulatief vereiste (klein én gebruikelijk).

Heeft de insteller naast de bevoegdheid tot vertering ook bepaald dat de bezwaarde gebruikelijke kleine giften mag doen, dan is dit slechts een vastlegging van wat al uit de wet voortvloeit. Heeft de insteller naast de bevoegdheid tot vertering echter bepaald dat de bezwaarde niet gebruikelijke en grote giften mag doen, dan is de bezwaarde in beginsel aan geen beperking gebonden.³⁷ Heeft de insteller de bevoegdheid tot vertering verleend aan de bezwaarde, maar niets gezegd over het doen van giften, dan geldt in beginsel art. 3:215 lid 3 BW, tenzij het testament van de insteller toch zo uitgelegd moet worden dat het doen van

ongebruikelijke en/of grote giften is toegestaan (art. 4:46 BW).³⁸

5.3 Mag de bezwaarde ook fideicommissair vermogen ten behoeve van een ander verteren?

Hieromtrent is niets bepaald in de wet of de toelichting. Wat geldt bijvoorbeeld als de bezwaarde ten behoeve van zijn echtgenoot en/of kinderen fideicommissaire middelen besteedt aan goederen of diensten die (mede) door hen verteerd worden? Als hij die besteding doet ter nakoming van een onderhoudsplicht, is er niets aan de hand. De bezwaarde is dan volgens ons bevoegd tot die wijze van vertering. Maar wat als de vertering niet samenloopt met onderhoudsplichten en ook een schenking kan zijn. Allereerst moet worden opgemerkt dat als het doen van schenkingen niet geheel is uitgesloten, art. 3:215 lid 3 BW, zoals we in paragraaf 5.2 al zagen, regelt dat de bezwaarde van een fideicommiss de residuo de fideicommissaire goederen ook voor gebruikelijke kleine geschenken mag bestemmen. Is de betreffende vertering ten behoeve van een ander een schenking, dan levert dat bij ‘gebruikelijke kleine’ verteringen dus geen probleem op. Ten tweede menen wij dat consumptieve uitgaven ten behoeve van het gezin van de bezwaarde (en wellicht in de gegeven omstandigheden uit te breiden naar diens verder familie, vrienden en kennissen) in het algemeen niet als schenking dienen te worden beschouwd, wegens het ontbreken van de verrijking van het vermogen van die anderen. Het gaat bijvoorbeeld om de terbeschikkingstelling van eten, drinken, verzorging en reizen.³⁹ De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat bijvoorbeeld een ongebruikelijke en/of grote vertering toch als schenking moet worden gezien.⁴⁰ In dat geval is er geen man over boord als aan de bezwaarde naast de bevoegdheid tot verteren ook de (volledige) bevoegdheid tot het doen van giften is verleend door de insteller.⁴¹ Is die (volledige) bevoegdheid tot het doen van giften niet verleend en wordt een handeling als schenking (en niet als vertering) beschouwd, dan is sprake van onbevoegd handelen, waardoor de aanspraak van de verwachter op het geschonken goed in beginsel niet teniet gaat. Wordt

33 Bij ‘vervreemding’ in de zin van art. 3:215 lid 1 BW, waarbij niets voor het vervreemde goed in de plaats treedt, is sprake bij het doen van een schenking. Van een ‘vertering’ is sprake als het goed zelf geconsumeerd wordt. Veelal vindt de vertering plaats *nadat* sprake is van zaaksvervanging: als de bezwaarde een visje koopt op de markt en dat betaalt uit het fideicommissaire vermogen, *vervreemdt* hij zijn (fideicommissaire) geld (hij draagt het geld over aan de visboer), waar een visje voor in de plaats komt (de visboer draagt het visje over aan de bezwaarde), waarna hij het visje *verteert/consumeert*.

34 Zie ook Rb. Midden-Nederland 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:5043.

35 Zie over art. 1:88 lid 1 onderdeel b BW bijvoorbeeld J.H. Lieber, *GS Personen- en familierecht*, art. 188 BW, aant. 2, die opmerkt: ‘Of een gift gebruikelijk of niet bovenmatig is wordt bepaald door factoren als vermogen, inkomen en omstandigheden van de echtgenoten.’

36 Had de bezwaarde bijvoorbeeld al als goed gebruik dat hij maandelijks kleine giften aan (bepaalde) goede doelen deed ten laste van zijn eigen vermogen, dan rijst de vraag hoe ‘gebruikelijk’ het is als de bezwaarde na de verkrijging van het fideicommissaire vermogen die giften aan die goede doelen ten laste van het fideicommissair vermogen brengt. Het woord ‘gebruikelijk’ in art. 3:215 lid 3 BW slaat echter niet op de vraag uit welk vermogen een gift wordt gedaan.

37 Art. 4:138 lid 2 BW jo. art. 3:207 lid 3 BW regelt echter dat de bezwaarde de zorg van een goed bezwaarde in acht moet nemen. Het doen van giften enkel ter benadeling van de verwachter, is daarmee nog steeds niet toegestaan.

38 Zie ook het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4125 (waarmee instemmend: F.W.J.M. Schols in *Erfrecht Updates rechtspraak ERF* 2018-0092), dat overigens mede is gewezen door de auteurs van dit artikel.

39 Vgl. *Asser-Perrick* 4 2017/256.

40 Vgl. *Asser-Perrick* 4 2017/256, die het op vakantie meenemen van iemand in beginsel niet als schenking aanmerkt, maar daarop – onzes inziens terecht – terugkomt als de verkrijger bijvoorbeeld de betreffende reis ook uit eigen beweging zou hebben gemaakt.

41 Zie E.I. Kortlang, ‘De betekenis van vruchtgebruik met intering voor de notariële praktijk’, *WPNR* 1993, afl. 6080. Kortlang lijkt te stellen dat de vruchtgebruiker, wegens het ontbreken van aanwijzingen in wet of toelichting, *volledige* vrijheid toekomt in het verteren, ongeacht de omvang van die vertering (voor normale of extravagante behoeften) en ten behoeve van wie (zichzelf of anderen). Getransponeerd naar het fideicommiss, zou dat van de bezwaarde van een fideicommiss de residuo ook gezegd kunnen worden. Heeft de insteller in het testament geen nadere aanwijzingen omtrent vertering gegeven, dan sluiten wij ons in principe aan bij de gedachtegang van Kortlang, met inachtneming van wat hierboven is opgemerkt.

het geschonken goed (of de dienst) echter verteerd door die derde, dan is de bezwaarde (of onder omstandigheden zelfs die derde) met zijn eigen vermogen schadelijkt jegens de verwachter.⁴²

6. Zaaksvervang⁴³

Op grond van art. 3:213 BW treedt bij een bevoegdlijke beschikking over het fideicommissaire vermogen zaaksvervang op, waardoor het nieuwe goed rechtens in de plaats treedt van het vervangende goed. Dat geldt ook bij vorderingen tot vergoeding die in de plaats van fideicommissaire goederen treden (waaronder begrepen vorderingen ter zake van waardevermindering van die goederen), alsmede bij de inning van voormelde en andere vorderingen. Ook zijn aan het fideicommis onderworpen de vorderingen die een goed hangende de voorwaarde oplevert en die geen vruchten zijn. In al die gevallen behoudt de verwachter dus van rechtswege zijn voorwaardelijke aanspraak op het fideicommissaire vermogen. De vraag rijst wat geldt als niet aan de voorwaarden van art. 3:213 BW wordt voldaan, omdat er niet bevoegdlijk wordt beschikt? Uitgangspunt is dan dat de derde-verkrijger van het goed gebonden is aan het fideicommis en hij dus slechts een goed ontvangt dat onderworpen is aan de fideicommissaire ontbindende voorwaarde. Zou de derde beschermd worden tegen de onbevoegde beschikking door de bezwaarde (op grond van de art. 3:24-26, 3:36, 3:86 of 3:88 BW) en op grond daarvan onvoorwaardelijk verkrijgen, dan zal de verwachter een schadevergoedingsvordering kunnen instellen jegens (het eigen vermogen van) de bezwaarde.⁴⁴

Tot slot van deze paragraaf merken wij op dat onduidelijk is wat het wegschrijven van art. 3:213 BW zou betekenen als het testament dat verder niet met zoveel woorden regelt. Wij zien twee mogelijkheden tot uitleg:

- door het wegschrijven van de bepaling wil de insteller bereiken dat bij ‘zaaksvervang’ geen goederenrechtelijke aanspraak op het vervangende goed, maar een ‘vergoedingsrecht’ ontstaat;⁴⁵
- door het wegschrijven van de bepaling wil de insteller bereiken dat het fideicommis eindigt bij een vervreemding, op grond waarvan de bezwaarde onvoorwaardelijk tot het vervangende goed gerechtigd wordt en er dus ook geen ‘vergoedingsrecht’ ontstaat.

⁴² Art. 6:162 BW.

⁴³ Zie voor andere kwesties inzake zaaksvervang R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, par. 2.7 e.v.

⁴⁴ Zie R.E. Brinkman, *Het fideicommis in de notariële praktijk* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2014, par. 2.7.2.

⁴⁵ Voor de goede orde zij vermeld dat dan sprake is van een goederenrechtelijke (voorwaardelijke) aanspraak van de verwachter, maar nu niet op het vervangende goed, maar op het (vervangende) vergoedingsrecht (dat zelf ook een goed is).

7. ‘Vermenging’ van fideicommissaire en eigen banktegoeden

In deze paragraaf wordt de ‘vermenging’ (of algemener: samenvoeging) van fideicommissaire middelen op een bankrekening met eigen middelen besproken. Het fideicommissaire vermogen is een afgescheiden vermogen. Het (totale) vermogen van de bezwaarde omvat ook dat ‘afgescheiden’ vermogen. Bijzonder aan het afgescheiden zijn van een vermogen, is dat daarvoor en voor de vermogensbestanddelen daarvan bijzondere bepalingen kunnen gelden. Andere voorbeelden van een afgescheiden vermogen zijn: iemand heeft het vruchtgebruik van een vermogen dat aan hoofdgerechtigde toebehoort en iemand is vennoot in een vennootschap onder firma en is met zijn medevennoten gerechtigd tot dat vennootschapsvermogen. De mogelijkheid dat de bezwaarde is gehuwd in gemeenschap van goederen, zijnde nog een voorbeeld van een afgescheiden vermogen, komt hierna nog kort aan de orde.

Stel dat tot het fideicommissaire vermogen van A een bankrekening bij bank X behoort met daarop een saldo van € 10.000, dat wordt gestort op een bankrekening bij bank Y die ten name van A staat en die niet tot het fideicommissaire vermogen behoort en waarop ook een saldo staat van € 10.000. Wat is het gevolg daarvan? Is sprake van ‘vermenging’ van geld van het fideicommissaire vermogen met het (overige) vermogen van A? Wij menen van niet. Vermenging (art. 5:15 BW) zou wel spelen als het om chartaal geld zou gaan. Maar hier gaat het om giraal geld dat bestaat uit vorderingen van een rekeninghouder op een bank. Zowel de rechtsverhouding tussen A en bank X en die tussen A en bank Y is een rekening-courantverhouding waarop art. 6:140 BW van toepassing is. Door de overboeking is de vordering die A als bezwaarde had op bank X vervangen door een vordering op bank Y. Door zaaksvervang behoort nu tot het fideicommissaire vermogen een vordering van € 10.000 op bank Y, die is opgenomen op en deel uitmaakt van het saldo van dezelfde bankrekening waarop ook de vordering van A van € 10.000 op bank Y is opgenomen.⁴⁶

Door betalingen van de bankrekening bij bank Y (afschrijvingen) kan de vordering die tot het fideicommissaire vermogen behoort uiteindelijk wel tenietgaan. Bijvoorbeeld: A betaalt (lees: geeft bank Y opdracht te betalen) van de bankrekening een schuld (schuld I) die tot zijn eigen vermogen behoort van € 10.000. Bank Y voldoet door de betaling te verrichten, aan de verplichting jegens A het betreffende deel van het saldo te betalen. Uit art. 6:140 lid 1 BW en art. 6:43 lid 2 BW vloeit – als A en de bank niet anders zijn overeengekomen – voort dat daarbij de oudste vordering van de rekeninghouder op de bank als eerste wordt nagekomen. De betaling van schuld I wordt aldus gedaan

⁴⁶ Zie J.B. Spath, *Zaaksvervang* (Onderneming en Recht nr. 55), paragraaf 6.5.2 (Giraal geld) en de daar genoemde literatuur en rechtspraak. Zie ook het zeer instructieve op het huwelijksvermogensrecht toegespitste artikel van T.M. Subelack, ‘Vergoedingsrechten en bankrekening’ in A. Heida e.a. (red.), *EB Klassiek 2018*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 71-89.

met de vordering van € 10.000 die niet tot het fideicommissaire vermogen behoort. Vervolgens betaalt A nogmaals een schuld van € 10.000 die tot zijn eigen vermogen behoort van de bankrekening (schuld II). Dit keer wordt de betaling toegerekend aan de vordering van het fideicommissaire vermogen. Die vordering gaat teniet. Omdat met geld van het fideicommissaire vermogen een schuld die tot het eigen vermogen van A behoort, wordt betaald, ontstaat wel een vergoedingsrecht ten behoeve van het fideicommissaire vermogen en ten laste van het eigen vermogen van A.

Zaaksvervanging op de hiervoor geschetste wijze is alleen mogelijk als de bankrekening bij bank Y op het moment van de overboeking van het saldo van de bankrekening bij bank X een positief saldo heeft. Stel dat A op de bankrekening bij bank Y rood staat voor € 10.000, dan is het resultaat van de overboeking dat A een saldo van € 0 heeft en dus niets te vorderen heeft van bank Y. In dit geval ontstaat wel weer een vergoedingsrecht ten behoeve van het fideicommissaire vermogen en ten laste van het eigen vermogen van A.

Er zijn er ook die betogen dat in een saldo op een bankrekening geen afzonderlijke vorderingen aan te wijzen zijn en dat al deze vorderingen opgegaan zijn in één ondeelbare vordering in rekening-courant.⁴⁷ De parlementaire geschiedenis bij art. 6:140 BW⁴⁸ leert met zoveel woorden uitdrukkelijk anders: ‘De in het saldo begrepen, nog niet verrekende vorderingen, blijven voortbestaan.’ Het moge zo zijn dat de bank op grond van art. 6:140 lid 1 BW op ieder tijdstip slechts het saldo is verschuldigd, daardoor is het niet onmogelijk dat de vorderingen die dit saldo vormen ieder voor zich voortbestaan. Dat is vooral van belang als die vorderingen tot verschillende vermogens behoren.

Stel dat A is gehuwd in de beperkte wettelijke gemeenschap van goederen of dat sprake is van een algehele gemeenschap van goederen, maar dat aan het fideicommis een uitsluitingsclausule is verbonden. Zolang de vordering op de bank behoort tot het fideicommissaire vermogen valt deze niet in de huwelijksgemeenschap. Zodra de vordering tenietgaat en een vergoedingsplicht ten laste van het eigen vermogen van A en ten behoeve van het fideicommissaire vermogen ontstaat, behoort die vergoedingsplicht tot de huwelijksgemeenschap. De schulden I en II zullen normaal gesproken gemeenschapsschulden zijn. Zijn ze dat niet, dan valt de vergoedingsplicht niet in de huwelijksgemeenschap, maar in het eigen vermogen van A.

Dat ondanks deze nogal theoretische uiteenzetting in de praktijk en zelfs door de Hoge Raad toch wordt gesproken over ‘vermenging’ of ‘oneigenlijke vermenging’ is goed te begrijpen. Daarmee wordt dan bedoeld dat niet meer is uit te maken aan welk vermogen een banksaldo moet worden toegerekend. Alle gelden (lees: vorderingen) zijn door elkaar geraakt. Het gaat vooral om een bewijsprobleem. Het is anders dan in ons eenvoudige voorbeeld vaak heel lastig een goede reconstructie te maken van het verloop van

een bankrekening en vast te stellen (te bewijzen) welk deel van het saldo aan welke vorderingen en welk vermogen toegerekend moet worden. In ons voorbeeld zou de oplossing voor dat probleem de volgende kunnen zijn. Vaststaat dat € 10.000 is terechtgekomen op een rekening van A die niet tot het fideicommissaire vermogen behoort. Op die rekening zijn nadien nog vele bedragen bij- en afgeschreven. Het is niet meer mogelijk te bewijzen welk deel van de vorderingen tot het fideicommissaire vermogen behoort. In dit geval moet A het bedrag van € 10.000 in beginsel uit zijn eigen vermogen vergoeden aan het fideicommissaire vermogen (vergoedingsplicht, geen zaaksvervanging). Wij zouden het dan redelijk vinden daarbij uit te gaan van het vermoeden dat de uitgaven die A van deze bankrekening heeft gedaan, geen betrekking hebben gehad op schulden die tot het fideicommissaire vermogen behoorden. Als A vindt dat het anders is, ligt het op zijn weg feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen op grond waarvan de verwachter het vergoedingsrecht niet (of niet volledig) jegens A of zijn erfgenamen geldend kan maken, omdat A van zijn bankrekening ook fideicommissaire schulden heeft betaald of in zijn kenbare hoedanigheid van bezwaarde daarvan gelden heeft verteerd of (geoorloofde) schenkingen heeft gedaan. Voor de goede verstaander zal duidelijk zijn dat deze benadering past in de lijn van HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504, NJ 2019/225 m.n. L.C.A. Verstappen. In die zaak had de vrouw geld dat zij had geërfd met de uitsluitingsclausule gestort op een bankrekening die tot de huwelijksgemeenschap behoorde. De Hoge Raad overweegt dat dit bedrag, naar het in zoverre onbestreden oordeel van het hof, door vermenging tot het gemeenschapsvermogen was gaan behoren (rov. 3.6.4.4 van het hof) en oordeelt dat het wettelijk stelsel van titel 7 van boek 1 BW dan meebrengt dat de vrouw als gevolg van deze vermogensverschuiving in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van dat bedrag (vgl. art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 (voorheen lid 3) BW). Let op: de Hoge Raad moet uitgaan van de vaststaande feiten en neemt vermenging aan, omdat dat onbestreden is. Dat betekent dat partijen in die procedure ervan zijn uitgegaan dat niet meer te achterhalen was of in het saldo van de bankrekening nog een vordering van de vrouw was aan te wijzen voor het geërfde bedrag dat zij daarop had gestort. Tot slot van deze paragraaf merken wij op dat de bezwaarde op grond van art. 4:138 lid 2 BW jo. art. 3:211 lid 2 BW verplicht is het fideicommissaire vermogen afgescheiden van zijn overig vermogen te houden. Het voldoen daaraan kan een boel leed en gepuzzel voorkomen.

8. Conclusie

Wij sluiten af. De vaststelling van de omvang van het fideicommissaire vermogen is onderhevig aan vele problemen.

47 Zie bijvoorbeeld B. Breederveld, ‘De bankrekening, de huwelijksgemeenschap en echtscheiding’, *WPNR* 2014, afl. 7006.

48 Zie *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 518.

Zeker als de bezwaarde niet goed administreert.⁴⁹ In dit artikel hebben wij getracht om praktische handreikingen te geven en de nodige situaties van een analyse voorzien, in de hoop dat zowel de notariële praktijk als de rechterlijke macht handvatten heeft om tot een redelijke oplossing te geraken als zich problemen op dit gebied voordoen.

Over de auteurs

Mr. drs. J.H. Lieber

Senior raadsheer bij het Hof Arnhem-Leeuwarden en het Hof Amsterdam (notariskamer).

Mr. dr. R.E. Brinkman

Notaris bij Vechtstede Notarissen & Mediators te Hardenberg, docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Arnhem-Leeuwarden.

⁴⁹ Net als echtgenoten in het huwelijksvermogensrecht, komen bij het fideicommis de bezwaarde en de verwachter pas tot het inzicht dat een goede administratie belangrijk is als het al te laat is. Dat laten de vele uitspraken op dit gebied zien. En zoals men weet, kan men de put moeilijk dempen als het kalf al verdronken is.