

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip Review

Afl. 2006-35

27 september 2006

Oud maar niet versleten De 'vijfjaarsregeling' van artikel 4:178 lid 2 BW overgangsrechtelijk bezien

De regeling dat de rechthebbende zich *vijf jaar na* het overlijden van de erflater kan wenden tot de rechter met het verzoek om een testamentair beschermingsbewind op te heffen, houdt de gemoederen bezig. Zie ook *EstateTip Review* 2005-36 waar de vraag centraal stond of het wijzigen van de strekking van het bewind nog soelaas zou kunnen bieden.

Onlangs was er in dit kader nogmaals aandacht voor het vraagstuk of een *certificering* niet zo sterk lijkt op een bewind, dat artikel 4:178 lid 2 BW *naar analogie* van toepassing is. Zie Stollenwerck, *Certificering en bewind*, FTV juli/augustus 2006, die overigens deze vraag ontkennend beantwoordde.

De regeling zit de estate planner, oftewel zijn cliënt, blijkbaar dwars. In het licht hiervan willen wij wijzen op de *overgangsrechtelijke* behandeling van artikel 4:178 lid 2 BW.

We komen dan terecht in artikel 134 Overgangsrecht:

'Op een testamentair bewind, ingesteld bij een uiterste wil die is opgemaakt voor het tijdstip van het in werking treden van de wet, is vanaf dat tijdstip of, indien het bewind nadien van kracht wordt, vanaf dit latere tijdstip afdeling 5.7 van Boek 4 van toepassing, *behoudens voor zover bepalingen in de uiterste wil daarvan afwijken.*'
[cursivering van ons, SBS]

De *hoofdregeel* is derhalve dat artikel 4:178 lid 2 BW ook een rol speelt voor 'oude bewinden'. Zit er wellicht estate planningsmuziek in het '*behoudens*'?

In veel 'oude' bewinden zullen leeftijden genoemd zijn waarop het bewind eindigt, welke – door de erflater gewenste – termijn wellicht niet haalbaar is indien artikel 4:178 lid 2 BW een rol speelt.

Kan men een dergelijke regeling, het noemen van een leeftijd waarop het bewind eindigt, zien als een 'behoudens'?

De volgende gevallen zou men kunnen onderscheiden:

1 'Uitsluitend'

Stel, de erflater bepaalde in zijn onder oud erfrecht opgemaakte testament dat het '*bewind uitsluitend eindigt op het moment dat de rechthebbende vijfendertig jaar wordt.*'

Is dit een 'behoudens', zodat artikel 4:178 lid 2 BW buiten spel wordt gezet?

We treffen een belangrijke passage aan bij Klaassen-Luijten-Meijer, *Erfrecht*, Kluwer 2002, p. 292, waar zij schrijven, nadat zij geconstateerd hebben dat artikel 134 OW geen onderscheid maakt tussen bepalingen van regelend of dwingend recht:

‘Daarom achten wij het mogelijk, dat een bewind, uitsluitend ingesteld in het belang van de rechthebbende, ook wanneer deze intussen in staat geacht moet worden de nagelaten goederen op een verantwoorde wijze zelf te besturen, niet kan worden opgeheven, omdat in de uiterste wil uitdrukkelijk is opgenomen dat het bewind pas bij de dood van de rechthebbende zal eindigen.’

In deze zin ook B.M.E.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht, Kluwer 2006, p. 575.

Voor ‘de dood’ mag men ons inziens vanzelfsprekend ook een uitdrukkelijk genoemde leeftijd lezen.

2 Niet ‘uitsluitend’

Stel, de erflater bepaalde in zijn onder oud erfrecht opgemaakt testament dat het ‘*bewind eindigt op het moment dat de rechthebbende vijftig jaar wordt.*’

Liggen de kaarten nu anders omdat het woord ‘uitsluitend’ ontbreekt? De voorzichtigheid noopt ons hier op te merken dat het goed denkbaar is dat hier *geen* sprake is van een ‘behoudens’. Men kan immers betogen dat er met een dergelijke tekst ruimte is gelaten om artikel 4:178 lid 2 BW *aanvullend* tegen de onderhavige regeling in het testament aan te zetten, zodat de ‘vijfjaarsregeling’ van toepassing is.

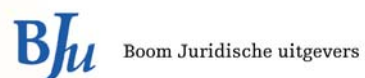
Ziet men de onderhavige overgangsrechtelijke bepaling echter als een regeling die op soepele wijze de inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht moet begeleiden, en als een regeling die recht moet doen aan het gerechtvaardigde vertrouwen dat de testateur destijds ten aanzien van de werking van zijn regeling is gegeven, dan zou ook hier te verdedigen zijn dat artikel 4:178 lid 2 BW toepassing mist. Zie hierover F.W.J.M. Schols, *Testamentair bewind naar nieuw erfrecht. Theoretische en praktische varia*, Preadvies KNB 2004, p. 47. De ‘*uitleg van uiterste wilsbeschikkingen*’ zou in dit kader nog om de hoek kunnen komen kijken.

Hoe het ook zij, onder het motto ‘baat het niet, dan schaadt het niet’ luidt het devies: herroep niet zomaar een ‘oud’ bewind, het is misschien nog niet versleten. Wellicht dat men het beter (aangepast) in tact laat met als doel artikel 4:178 lid 2 BW buiten de deur te houden.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl