

De jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW bij vruchtgebruik en bij een fideïcommis de residuo

1. Inleiding

Bij een recht van vruchtgebruik is het voor zowel de vruchtgebruiker als de hoofdgerechtigde van wezenlijk belang dat duidelijkheid bestaat over de vraag tot welke goederen het vruchtgebruik zich uitstrekt. De wet schrijft daarom voor dat door de vruchtgebruiker bij aanvang van het vruchtgebruik een boedelbeschrijving dient te worden opgemaakt.¹ In aanvulling hierop moet de vruchtgebruiker op grond van art. 3:205 lid 4 BW jaarlijks een overzicht opstellen van de mutaties in het vruchtgebruikvermogen.

Deze verplichtingen zijn van dwingend recht; de vruchtgebruiker kan hiervan ingevolge art. 3:205 lid 5 BW niet worden vrijgesteld. In de vruchtgebruikrelatie tussen (stief)ouder en kind kan de verplichte jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW als bezwaarlijk worden ervaren.²

Hieronder wordt eerst kort ingegaan op de boedelbeschrijving en de verplichte jaarlijkse opgave. Vervolgens zal worden aangetoond dat de uit de wet voortvloeiende verplichting om jaarlijks opgave te doen *van hetgeen is verteerd*, een verplichting is die art. 3:205 BW in de loop van de totstandkomingsgeschiedenis van het artikel is binnengeslopen. Over nut en noodzaak van deze verplichting kan men twisten.

Tot slot wordt stilgestaan bij art. 4:138 lid 2 BW, dat de wettelijke voorschriften betreffende vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing verklaart bij een erfstelling onder voorwaarde, zolang de vervulling van de voorwaarde onzeker is. Ik hoop hier een nieuw licht te kunnen werpen op een discussie die alweer geruime tijd geleden in dit blad gevoerd is.³

2. De boedelbeschrijving van art. 3:205 BW

De beschrijving van de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen dient in beginsel in een notariële akte te worden opgenomen (in tegenwoordigheid van, of in ieder geval na behoorlijke oproeping van de hoofdgerechtigde). Een onderhandse akte volstaat, indien de hoofdgerechtigde tegenwoordig is en de hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker een regeling hebben getroffen omtrent de bewaring van de beschrijving.⁴ Zolang de vruchtgebruiker zijn verplichting tot het opmaken van de boedelbeschrijving niet is nagekomen, is de hoofdgerechtigde op grond van art. 3:205 lid 3 BW bevoegd de levering en afgifte van de aan vruchtgebruik onderworpen goederen op te schorten. De kosten van de boedelbeschrijving komen (evenals die van de jaarlijkse opgave) ten laste van de vruchtgebruiker, tenzij anders is bepaald.⁵



Mr. P.C. van Es*

3. De jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW

De vruchtgebruiker moet op grond van art. 3:205 lid 4 BW jaarlijks aan de hoofdgerechtigde een ondertekende nauwkeurige opgave zenden van: (i) de goederen die niet meer aanwezig zijn; (ii) de goederen die daarvoor in de plaats zijn gekomen; en (iii) de voordelen die de goederen hebben opgeleverd en die geen vruchten zijn. De opgave ziet dus op (i) hetgeen (bevoegdlijk) is vervreemd (art. 3:212 BW) of is vervreemd en verteerd (art. 3:215 BW), alsmede op (ii) de goederen die als gevolg van de toepassing van art. 3:213 lid 1 BW tot het vruchtgebruikvermogen zijn gaan behoren, en (iii) de voordelen niet zijnde vruchten als bedoeld in art. 3:213 lid 2 BW. Tot deze laatste categorie behoren onder meer bepaalde voordelen die uit effecten voortvloeien, zoals de uitgifte van bonusaandelen of een uitkeringen ten laste van de agioreserve.⁶

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR. (p.c.vanes@law.leidenuniv.nl)

1. Zie art. 3:205 lid 1 BW.
2. Vgl. J.F. Houwing, 'Het erfrecht van den langstlevenden echtgenoot', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1902, p. 384, die geen voorstander was van het bij versterferrecht toekennen van vruchtgebruik aan de langstlevende echtgenoot: "Eenmaal de goederen afgegeven, is hij – omgekeerde wereld – aan zijn kinderen van het gebruik verantwoordig schuldig".
3. Zie J.B. Vegter, 'Over de wettelijke vormgeving van het fideïcommis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideïcommis', *WPNR* 2002/6486, p. 317-322 en de reactie van L.C.A. Verstappen in *WPNR* 2002/6509, p. 766-767 met naschrift van J.B. Vegter, *WPNR* 2002/6509, p. 767-770.
4. Zie art. 3:205 lid 1 BW.
5. Zie art. 3:205 lid 6 BW.
6. Zie Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa* 2013/422, p. 466 en de Toelichting Meijers bij art. 3.8.11 (art. 3:213 BW), C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 661 waar als voorbeelden ook worden genoemd, de aanwas (art. 5:29 BW) en het recht dat een grondeigenaar op een gevonden schat heeft (art. 5:13 BW).

4. De ratio van het dwingendrechtelijke karakter van de verplichtingen; een blik op de parlementaire geschiedenis

In art. 3.8.4 lid 5 OM was de regel opgenomen dat de vruchtgebruiker niet van de verplichting tot het opmaken van een boedelbeschrijving kon worden vrijgesteld. Deze (terechte) keuze werd door Meijers als volgt gemotiveerd:

“Voor de hoofdgerechtigde is deze verplichting van de vruchtgebruiker, die niet tot het afleggen van rekening en verantwoording is gehouden, te belangrijk dan dat ontheffing verantwoord zou zijn.”⁷

Een met de verplichting van art. 3:205 lid 4 BW vergelijkbare verplichting was in het Ontwerp Meijers opgenomen in de tweede zin van art. 3.8.4 lid 1:

“Komen tijdens de duur van het vruchtgebruik goederen onder het vruchtgebruik, die niet in de beschrijving zijn vermeld, dan moet deze dienovereenkomstig worden gewijzigd.”

In de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer werd naar aanleiding van kritiek van de vaste Commissie voor Justitie opgemerkt dat deze mutatieregeling in de praktijk te zwaar zou kunnen blijken omdat de vruchtgebruiker mogelijk met grote regelmaat een nieuwe notariële akte zou moeten laten opstellen. Dat heeft geleid tot de verplichting zoals die thans in art. 3:205 lid 4 BW is opgenomen.⁸

Van groot belang hierbij is dat de regeling stilzwijgend is uitgebreid, in die zin dat nu ook wordt gesproken van “de goederen die niet meer aanwezig zijn”. Anders dan in de door Meijers voorgestelde regeling, dient nu dus ook opgave te worden gedaan van hetgeen door de vruchtgebruiker is verteerd.

Bij vruchtgebruik met de bevoegdheid tot vervreemding en vertering bestaat mijns inziens geen behoefte aan een dwingendrechtelijke verplichting van de vruchtgebruiker om jaarlijks opgave te doen van hetgeen verteerd is. De initiële boedelbeschrijving en de opgave van hetgeen later onder het vruchtgebruik is komen te vallen, volstaan in dit geval. De hoofdgerechtigde wordt namelijk beschermd door de bewijsregel van art. 3:215 lid 1 BW. Hij kan bij het einde van het vruchtgebruik afgifte vorderen van de in vruchtgebruik gegeven goederen of hetgeen daarvoor in de plaats getreden is, “voor zover de vruchtgebruiker of zijn rechtverkrijgenden niet bewijzen dat die goederen verteerd of door toeval tenietgegaan zijn”.

Het bijhouden van een goede administratie is dus in het belang van de vruchtgebruiker (of zijn rechtverkrijgenden). Pas aan het einde van de rit

hoeft aan de hoofdgerechtigde duidelijkheid te worden verschaft over de omvang van de verteringen.

Een voordeel van een jaarlijkse opgave die ook de verteringen betreft, is dat de hoofdgerechtigde tijdig kan ingrijpen indien de vruchtgebruiker van zijn verteringsbevoegdheid gebruik maakt op een wijze die niet in overeenstemming is met de zorg van een goed vruchtgebruiker.⁹ Hierbij moet echter bedacht worden dat niet snel kan worden aangenomen dat een vruchtgebruiker die tot vertering bevoegd is, zich niet als een goed vruchtgebruiker gedraagt omdat hij van zijn verteringsbevoegdheid gebruik maakt.¹⁰ Daarnaast is het de vraag of het hier bedoelde belang van de hoofdgerechtigde een belang is dat dwingendrechtelijke bescherming verdient, of dat hier de vrijheid van de insteller voorop dient te staan om het vruchtgebruik vorm te geven op een wijze die hem goeddunkt. Het valt te betreuren dat hierover bij het wetgevingsproces niet goed is nagedacht.

5. De erfstelling onder voorwaarde

Bij een erfstelling onder voorwaarde wordt de verhouding tussen de gerechtigde onder ontbindende voorwaarde en die onder opschortende voorwaarde geregeerd door art. 4:138 BW. De erfgenaam onder ontbindende voorwaarde wordt op grond van art. 4:138 lid 1 BW aangemerkt als de uitsluitend rechthebbende “voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen”. Dit betekent niet hij onvoorwaardelijk kan beschikken over de goederen waartoe hij slechts voorwaardelijk gerechtigd is. Dit volgt zoals Meijers treffend opmerkt, “uit de aard der zaak”.¹¹

In aanvulling op het eerste lid, bepaalt het tweede lid van art. 4:138 BW het volgende:

“Voor het overige vinden, zolang de vervulling der voorwaarden onzeker is, de wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik, zoals geregeld in titel 8 van Boek 3, overeenkomstige toepassing.”

7. Zie C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 644.
8. Zie C.J. van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 645.
9. Vgl. art. 3:207 lid 3 BW.
10. Zie bijvoorbeeld T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Vruchtgebruik met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid: een contradictio in terminis’, in: *Een kwart eeuw (H.J. Snijders-bundel)*, Wolters Kluwer: Deventer 2016, p. 318.
11. Zie Toelichting Meijers bij art. 4.4.5.4, Van der Burght c.s., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 4: Vaststellingswet Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 811.

Er is dus geen sprake van vruchtgebruik, maar van het van overeenkomstige toepassing zijn van bepaalde vruchtgebruikbepalingen op de rechtsverhouding tussen twee voorwaardelijk gerechtigden. In de parlementaire geschiedenis wordt over de verwijzing naar titel 3.8 opgemerkt dat zij niet anders dan een beperkt globaal karakter kan dragen, “omdat rekening moet worden gehouden met de concrete aard en de inhoud van de betreffende voorwaardelijke erfstelling”.¹²

Er bestaat discussie over de vraag of bij uiterste wilsbeschikking kan worden afgeweken van vruchtgebruikbepalingen van dwingend recht die op grond van art. 4:138 lid 2 BW in beginsel van toepassing zijn op de voorwaardelijk gerechtigden.¹³ De minister gaat ervan uit dat art. 4:138 lid 2 BW een aanvullend karakter heeft:

“Het voorgaande komt erop neer dat de verwijzing naar de vruchtgebruikbepalingen inderdaad lang niet alle bepalingen betreft en dan ook slechts dient als een hulpmiddel om bij gebreke van een regeling in het testament tot een redelijke uitkomst te komen.”¹⁴

Hiermee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag of bij uiterste wilsbeschikking kan worden afgeweken van vruchtgebruikbepalingen van dwingend recht die op grond van art. 4:138 lid 2 BW in beginsel van toepassing zijn op de voorwaardelijk gerechtigden.

Praktisch gezien spitst deze kwestie zich toe op de vraag of bij een fideïcommis de residuo aan de bezwaarde vrijstelling kan worden verleend van de plicht om (i) een boedelbeschrijving op te maken (art. 3:205 lid 1 BW) en (ii) de jaarlijkse opgave te doen als bedoeld in art. 3:205 lid 4 BW. Bij een fideïcommis de residuo is aan de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde (de bezwaarde) de bevoegdheid toegekend om de goederen te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden.¹⁵

Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat alleen die vruchtgebruikbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn, die passen bij “de concrete aard en de inhoud van de betreffende voorwaardelijke erfstelling”.¹⁶ De plicht om een boedelbeschrijving op te maken is zonder meer een plicht die past bij de inhoud en aard van *elk* fideïcommis de residuo. Vrijstelling van deze (binnen het vruchtgebruik dwingendrechtelijk voorgeschreven) plicht is daarom niet mogelijk en wordt overigens ook door niemand wenselijk geacht.

Vrijstelling van de plicht van de bezwaarde om bij een fideïcommis de residuo jaarlijks de opgave als bedoeld in art. 3:205 lid 4 BW te doen, is mijns inziens wel mogelijk omdat de concrete

aard en inhoud van een fideïcommis de residuo mee kan brengen dat overeenkomstige toepassing van art. 3:205 lid 4 BW niet bij deze voorwaardelijke erfstelling past.

Een fideïcommis de residuo wordt veelal gebruikt om de langstlevende partner ongestoord te laten voortleven (met zo min mogelijk bemoeienis van de verwachter), waarna de verwachter het restant erft als hij de langstlevende partner overleeft.

Van belang is nu om vast te stellen dat de wetgever (in de verhouding (stief)ouder – kind) een vruchtgebruik bestaanbaar acht waarbij de vruchtgebruiker is vrijgesteld van de verplichting van art. 3:205 lid 4 BW. Dit is het geval bij het voorbehouden vruchtgebruik van art. 4:19 en 4:21 BW en het verzorgingsvruchtgebruik van art. 4:29 en 4:30 BW.¹⁷

In dat licht moet de erfflater ook de mogelijkheid hebben om een rechtsverhouding tussen voorwaardelijk gerechtigden in het leven te roepen die van dien aard is dat art 3:205 lid 4 BW niet van overeenkomstige toepassing is. De redenering is getrapd. Het buiten toepassing verklaren van de verplichting van art. 3:205 lid 4 BW heeft niet rechtstreeks tot gevolg dat deze verplichting niet geldt. Het heeft echter wel invloed op “de concrete aard en de inhoud van de betreffende voorwaardelijke erfstelling” en langs die weg kan men redeneren dat art. 3:205 lid 4 BW – als niet passend bij die bepaalde voorwaardelijke making – niet van toepassing is.

12. Zie Van der Burght c.s., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 4: Invoeringswet Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 2041.

13. Zie J.B. Vegter, ‘Over de wettelijke vormgeving van het fideï-commis de residuo en in het bijzonder over het overeenkomstig van toepassing zijn van de vruchtgebruikbepalingen op dit fideï-commis’, *WPNR* 2002/6486, p. 317-322 en de reactie van L.C.A. Verstappen in *WPNR* 2002/6509, p. 766-767 met naschrift van J.B. Vegter, *WPNR* 2002/6509, p. 767-770. Zie verder L.C.A. Verstappen in: M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, IX.3.11, p. 308 en de daar in noot 125 vermelde overige literatuur.

14. MvA, *Kamerstukken II* 1992/93, 17 141, nr. 12, p. 53 (Van der Burght c.s., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 4: Invoeringswet Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 2042).

15. Zie art. 4:141 BW jo. art. 4:138 lid 2 BW en art. 3:215 lid 1 BW. Zie verder bijvoorbeeld *Asser/Perrick 4* 2017/223-229.

16. Van der Burght c.s., *Parlementaire geschiedenis van het nieuw burgerlijk wetboek, Boek 4: Invoeringswet Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 2041.

17. Zie art. 4:23 lid 1 sub a BW jo. art. 4:31 lid 1 BW.

6. Conclusie

Art. 4:138 lid 2 BW is een merkwaardige bepaling. Het verklaart bepaalde wettelijke voorschriften betreffende het vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing op de verhouding tussen de erfgenaam onder ontbindende voorwaarde en die onder opschortende voorwaarde, zonder aan te geven welke dat zijn.¹⁸ Bepalend voor het antwoord op de vraag om welke vruchtgebruikbepalingen het gaat, is “de concrete aard en de inhoud van de betreffende voorwaardelijke erfstelling”. Dit maakt de vraag of de verwijzing in art. 4:138 lid 2 BW van dwingend recht is (en of afgeweken kan worden van dwingendrechtelijke vruchtgebruikbepalingen) mijns inziens minder relevant. Ook als men ervan uitgaat dat art. 4:138 lid 2 BW van dwingend recht is, dan heeft dit dwingendrechtelijke karakter op zich weinig betekenis omdat het artikel niet (dwingendrechtelijk) bepaalt *welke* vruchtgebruikbepalingen van toepassing zijn. De vrijheid ligt hier bij de testateur die de ‘aard en inhoud’ van de voorwaardelijke erfstelling bepaalt. Het is daarom mogelijk om de bezwaarde bij een *fideicommiss de residuo* vrij te stellen van de verplichte jaarlijkse opgave van art. 3:205 lid 4 BW.¹⁹ De ‘aard en

inhoud’ van de voorwaardelijke erfstelling is dan zodanig (te weten: gericht op het ongestoord voortleven van de bezwaarde) dat art. 3:205 lid 4 BW niet op grond van art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing is.

De mogelijkheid van vrijstelling is te meer wenselijk nu de wetgever niet goed heeft nagedacht over het dwingendrechtelijke karakter van de verplichting om bij de jaarlijkse opgave ook melding te maken van hetgeen door de vruchtgebruiker (dan wel via de schakel van art. 3:138 lid 2 BW: door de bezwaarde) is verteerd. Het is natuurlijk ook mogelijk om de bezwaarde niet geheel vrij te stellen van de verplichting van art. 3:205 lid 4 BW, maar slechts van de plicht opgave te doen van het verteerde.

18. Zie daarover kritisch, A.H.N. Stollenwerck, *Het fideicommiss de residuo* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1986, p. 140-141.

19. Zie in andere zin, L.C.A. Verstappen in: M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, IX.3.11, p. 307 en Asser/Perrick 4 2017/200.