

# Artikel

## Twee bewinden tegelijk is soms te veel

Mr. dr. J.H.M. ter Haar\*

### 1 Inleiding

In de praktijk komt het regelmatig voor dat er een testamentair bewind op een verkrijging van een rechthebbende rust, die zelf al een bewindvoerder heeft. Dit kan het geval zijn omdat er een ouder, voogd, curator of meerderjarigenbewindvoerder is die het bewind over zijn vermogen voert.<sup>1</sup> Er is dan sprake van samenloop van bewinden.

Het zal in deze situatie vaak de bedoeling van de testateur zijn dat een ander dan de bestaande bewindvoerder het bewind over de erfrechtelijke verkrijging voert. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat de testateur gescheiden is en zo veel mogelijk wil voorkomen dat zijn ex-partner zeggenschap heeft over de erfdelen van zijn minderjarige kinderen.

Het testamentair bewind als bedoeld in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) vormt een afgescheiden vermogen. De testamentair bewindvoerder richt zich naar de regels van Boek 4 BW en naar hetgeen in de uiterste wil van de testateur is bepaald. De ouder, voogd, meerderjarigenbewindvoerder of curator vertegenwoordigt dan de rechthebbende in de rechtsverhouding tussen hem en de Boek 4-bewindvoerder. Zij zijn onderworpen aan de voorschriften in Boek 1 BW die voor het betreffende bewind gelden. De verschillende bewinden hebben een eigen aard en strekking.

Het is ook denkbaar dat bij een samenloop van bewinden de bewindvoerder twee petten draagt. Zo kan de be-

windvoerder van een testamentair bewind tegelijkertijd de bewindvoerder zijn van een meerderjarigenbewind dat is ingesteld over de goederen van dezelfde rechthebbende. De rechtsverhouding wordt dan ingewikkeld, omdat de wettelijke regels die gelden voor het bewind van ouders, voogden, meerderjarigenbewindvoerders en curatoren anders zijn dan de regels die gelden voor het Boek 4-bewind. Een belangrijke vraag die dan speelt, is met name wie in deze situatie de Boek 4-bewindvoerder controleert.

Men kan zich in laatstgenoemde situatie zelfs afvragen in hoeverre een testamentair bewind nog gewenst is. Welke mogelijkheden zijn er om bij een negatieve beantwoording van deze vraag een testamentair bewind te beëindigen? Deze vragen zijn naar aanleiding van verschillende recente uitspraken weer actueel. De bedoeling van dit artikel is een poging te doen om mede aan de hand van deze uitspraken een antwoord op de gestelde vragen te geven.

In deze bijdrage gaat het steeds om testamentair bewind dat uitsluitend is ingesteld in het belang van de rechthebbende. De opmerkingen die hierna gemaakt worden over testamentair bewind gelden ook voor het bewind over schenkingen als bedoeld in artikel 7:182 BW, tenzij anders is aangegeven.<sup>2</sup>

### 2 Samenloop van bewind

#### 2.1 Een illustratief voorbeeld

Illustratief voor de situatie waarin sprake is van een Boek 4-bewind, terwijl de bewindvoerder ook wettelijke vertegenwoordiger is, is een uitspraak van het hof Den

\* Mr. dr. J.H.M. ter Haar is universitair docent Notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1 Het spreekt voor zich dat er ook sprake kan zijn van twee ouders, voogden, meerderjarigenbewindvoerders en curatoren.

2 Zie art. 7:182 lid 2 BW: het bewind dat is ingesteld over een schenking heeft (in beginsel) dezelfde rechtsgevolgen als bij een uiterste wilsbeschikking ingesteld bewind.

Haag van 15 juni 2021.<sup>3</sup> In de casus was sprake van grootouders die in 2016 een schenking deden aan hun minderjarige kleinzoon van € 6578 door dit bedrag te storten op een nieuw geopende bankrekening op zijn naam. In een akte van schenking en bewind was onder meer bepaald dat toekomstige schenkingen van de grootouders op deze bankrekening onder dezelfde voorwaarden zullen worden gedaan. Over de schenking is een bewind ingesteld dat voortduurt tot de dag waarop de kleinzoon 21 jaar wordt. De moeder van de kleinzoon is tot bewindvoerder benoemd. In de akte staat onder meer vermeld dat de bewindvoerder geen toestemming van de (klein)zoon nodig heeft voor wat zij met het bewindsvermogen wil doen, binnen de mogelijkheden die de bankrekening heeft. Zowel de vader als de moeder hebben als gezaghebbende ouders de schenking namens de kleinzoon aanvaard.

De moeder wil nu als bewindvoerder een bedrag van € 2143 van de betreffende bankrekening aanwenden voor betaling van collegegeld. De vader weigert hiervoor toestemming te geven. Hun zoon krijgt immers studiefinanciering en daarvan kan het collegegeld worden voldaan. Bovendien is het volgens vader de bedoeling dat het geld op de bankrekening zo veel mogelijk geconserveerd blijft. Moeder verzoekt daarop in kort geding de kantonrechter om vervangende toestemming in de zin van artikel 1:253i lid 2 BW, maar de kantonrechter wijst het verzoek af.

In hoger beroep constateert het hof dat ingevolge artikel 7:182 lid 2 BW het bewind over de schenking dezelfde rechtsgevolgen heeft als een testamentair bewind als bedoeld in Boek 4 BW. Het hof constateert ook dat op grond van artikel 4:171 BW de schenkers de bevoegdheden en verplichtingen van de bewindvoerder nader kunnen regelen en dat zij deze ruimer of beperkter dan in de wettelijke regeling is bepaald, mogen vaststellen. Zo kan bewindvoering op maat worden gecreëerd. De grootouders hebben ervoor gekozen om de moeder tot enige bewindvoerder te benoemen. Daarom is volgens het hof geen sprake van gezamenlijk bewind als bedoeld in artikel 1:253i lid 1 BW en kan de moeder handelen zonder toestemming van de vader. Het verzoek om vervangende toestemming wordt opnieuw afgewezen, zij het nu op een andere grond.

Deze uitspraak van het hof maakt duidelijk dat de moeder zich als Boek 4-bewindvoerder richt naar de voorschriften uit Boek 4 BW en naar de bepalingen in de akte van schenking, voor zover in deze akte van de wettelijke verplichtingen en bevoegdheden van de bewindvoerder wordt afgeweken. De samenloop van het Boek 4-bewind en het bewind van de moeder als wettelijke vertegenwoordiger is in dit geval niet problematisch. De vader kan het bewind van de moeder over het geschonken vermogen namelijk controleren. Zo zal de moeder op grond van artikel 4:161 BW rekening en verantwoording moeten afleggen aan de vader en kan de vader zo nodig op

grond van artikel 4:164 lid 2 BW om gewichtige redenen namens de rechthebbende om ontslag van de moeder als bewindvoerder verzoeken. De moeder kan ingevolge haar bevoegdheden die voortvloeien uit de akte van schenking wel handelen zonder toestemming van de vader in de zin van artikel 1:253i lid 1 BW of in de zin van artikel 4:169 lid 1 BW. Deze vergaande bevoegdheid vrijwaart haar uiteraard niet van aansprakelijkheid jegens haar zoon, indien zij in de zorg van een goed bewindvoerder tekortschiet (art. 4:163 BW).

## 2.2 De ouder als Boek 4-bewindvoerder

Stel dat in het hiervoor (par. 2.1) behandelde voorbeeld de minderjarige alleen een moeder heeft die het ouderlijk gezag uitoefent en géén vader. De grootouders stellen desalniettemin een bewind in over het geschonken vermogen, dat doorloopt tot het kind 21 jaar is. De moeder is dan tot het kind 18 jaar is zowel wettelijke vertegenwoordiger als bewindvoerder in de zin van artikel 7:182 lid 2 jo. Boek 4 BW. Zij zal zich wat het geschonken vermogen betreft (nog steeds) richten naar de voorschriften uit Boek 4 BW en op de bepalingen in de akte van schenking.

De grootouders hadden er in dit geval ook voor kunnen kiezen het bewind pas in te stellen vanaf de meerderjarigheid van het kind. Het instellen van een Boek 4-bewind gedurende de minderjarigheid van het kind kan echter voordelen hebben. Zo is het Boek 4 BW-bewind anders van aard dan het bewind van ouders en voogden, dat als een 'oneigenlijk bewind' wordt aangemerkt. Het ouderlijk bewind of voogdijbewind kent geen afgescheiden vermogen, waardoor schuldeisers van de minderjarige rechthebbende zich op het geschonken vermogen kunnen verhalen. Dat is bij het Boek 4-bewind wezenlijk anders (zie art. 4:175 BW). Belangrijker is wellicht dat het Boek 4-bewind, anders dan het bewind van ouders en voogden, veelal de strekking heeft de rechthebbende te beschermen tegen zichzelf of tegen schuldeisers. Daarnaast kan de testateur de bewindvoerder de nodige instructies geven. Dit kan bijvoorbeeld het zo veel mogelijk conserveren van het vermogen zijn, tot het kind een bepaalde leeftijd heeft bereikt. Het bewind van ouders en voogden staat in het teken van het opvoeden van minderjarigen totdat ze meerderjarig zijn en het zelf kunnen. Dit impliceert een zeker recht op inspraak van de minderjarige naarmate hij volwassener wordt.<sup>4</sup> Hiervoor zagen we al dat het Boek 4-bewind meer kneedbaar is en dat de schenker of testateur de bevoegdheden van de bewindvoerder kan uitbreiden en/of beperken. Ook dit kan een reden zijn om een Boek 4-bewind te kiezen boven het ouderlijk bewind. Het instellen van een Boek 4-bewind vanaf de 18-jarige leeftijd van de rechthebbende is dus onpraktisch, maar ook onsympathiek, omdat het de rechthebbende confronteert met beperkingen die er gedurende zijn minderjarigheid nog niet waren.

4 Zie hiervoor J.H.M. ter Haar, *Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, hoofdstuk 4, deel II, par. 1.

3 Hof Den Haag 15 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1349.

Een wezenlijk pijnpunt betreft echter de controle op het testamentair bewind. Omdat het ouderlijk bewind en het Boek 4-bewind geheel in één hand zijn gekomen, is er immers geen sprake van toezicht meer op het testamentair bewind. Wie controleert in dit geval de Boek 4-bewindvoerder, nu de rechthebbende daartoe zelf niet in staat is? De wetgever heeft hierin niet voorzien.<sup>5</sup> Gebrek aan daadwerkelijke controle op het vermogensbeheer bij minderjarigen staat op gespannen voet met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EP EVRM) (ongestoord genot van eigendom).<sup>6</sup> Dit pijnpunt maakt het testamentair bewind nog niet meteen onwenselijk. Opgemerkt zij dat als de moeder als ouder conform de regels van Boek 1 BW het bewind over het erfdeel van de minderjarige zou voeren, het toezicht hierop ook marginaal is.

De wet biedt overigens nog wel een maatregel in de vorm van de bijzondere curator (art. 1:250 BW). De kantonrechter kan tot benoeming hiervan overgaan op verzoek van de minderjarige, een andere belanghebbende of ambtshalve. De bijzondere curator kan het bewind van de moeder (zowel het ouderlijk bewind als het Boek 4-bewind) controleren en/of aan de kaak stellen. Dit zal pas aan de orde zijn als voor de minderjarige een reëel gevaar van benadeling dreigt. Het probleem is dat dit gevaar vermoedelijk niet of te laat wordt opgemerkt.

Een testateur zou voor betere waarborgen kunnen zorgen door met gebruikmaking van artikel 4:171 BW te bepalen dat de Boek 4-bewindvoerder, zolang deze tevens het ouderlijk gezag heeft van de rechthebbende, door een derde wordt gecontroleerd. In de literatuur wordt overigens wel aangenomen dat het niet mogelijk is bij uiterste wil te bepalen dat de bewindvoerder rekening en verantwoording aflegt aan een ander dan de rechthebbende.<sup>7</sup> In de situatie waarin controle op het Boek 4-bewind ontbreekt omdat de bewindvoerder de (enige) wettelijke vertegenwoordiger is van de rechthebbende, zie ik juist geen bezwaar tegen een bij uiterste wil aangewezen controlerende derde.

### 2.3 De meerderjarigenbewindvoerder en de curator als Boek 4-bewindvoerder

Samenloop van bewinden kan zich in gemeld voorbeeld ook voordoen als het (klein)kind dat onder Boek 4-bewind gesteld vermogen verkrijgt inmiddels meerderjarig is, namelijk als sprake is van een meerderjarigenbewind in de zin van titel 1.19 BW of als het (klein)kind onder

curatele is gesteld en de moeder, die het Boek 4-bewind voert, tevens meerderjarigenbewindvoerder of curator is. In dit geval kan er twijfel ontstaan over het nut van het testamentair bewind. Het meerderjarigenbewind en het testamentair bewind van Boek 4 BW zijn gelijksoortige (eigenlijke) bewindsvormen. In beide gevallen bestaat een afgescheiden vermogen waardoor schuldeisers van de rechthebbende niet (of zeer beperkt) de mogelijkheid hebben zich op het onder bewind gestelde vermogen te verhalen (zie voor het meerderjarigenbewind art. 1:440 BW). De strekking van beide bewindsvormen is veelal dezelfde: het beschermen van de rechthebbende tegen zichzelf en/of tegen zijn schuldeisers. De regels van het voogdijbewind zijn van overeenkomstige toepassing op het bewind van de curator (art. 1:386 lid 1 BW). Bij curatele biedt de handelingsbekwaamheid van de onder curatele gestelde doorgaans adequate bescherming tegen zichzelf en tegen zijn mogelijke schuldeisers. Een testamentair bewind voegt daaraan op het eerste oog weinig toe. De bepalingen van het testamentair bewind kunnen uiteraard wel verschillen van die van de wettelijke beschermingsmaatregelen en het kan daarom nog steeds de bedoeling van de testateur zijn dat het testamentair bewind ondanks de wettelijke beschermingsmaatregel in stand blijft. Het meerderjarigenbewind wordt minimaal eens in de vijf jaar geëvalueerd, waarbij de vraag aan de orde komt of het bewind dient voort te duren (art. 1:446a BW). De kantonrechter kan, indien de noodzaak daartoe niet meer bestaat of voortzetting daarvan niet zinvol is gebleken, het bewind opheffen. Dit kan hij doen op verzoek van de bewindvoerder, degene die gerechtigd is de onderbewindstelling te verzoeken, onder wie de rechthebbende zelf, maar ook ambtshalve (art. 1:449 lid 2 BW). De mogelijkheden om een testamentair bewind op te heffen, als bepaald in artikel 4:178 lid 2 BW, zijn aanzienlijk beperkter (zie hierna par. 4.2.).

De kantonrechter, die toezicht houdt op het bewind van de curator of meerderjarigenbewindvoerder, houdt geen toezicht op het Boek 4-bewind, waardoor het ook hier de vraag is wie de Boek 4-bewindvoerder controleert, nu de rechthebbende daartoe zelf niet in staat is. Hier is eveneens spanning met artikel 1 EP EVRM te ontwaren, maar mogelijk ook met artikel 12 lid 4 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, waarin de staten geboden wordt te voorzien in passende en doeltreffende waarborgen om (financieel) misbruik te voorkomen. Een oplossing zou in dit geval gevonden kunnen worden in de benoeming van een tweede bewindvoerder of curator, die de moeder als testamentair bewindvoerder controleert. Een meer voor de hand liggende oplossing kan gelegen zijn in de opheffing van het testamentair bewind op verzoek van de bewindvoerder (art. 4:178 lid 2 BW).

In de komende twee paragrafen wordt ingegaan op jurisprudentie waarin sprake is van samenloop van bewind en waarin de vraag relevant is in hoeverre het wenselijk en/of mogelijk is dat een testamentair bewind wordt op-

5 J.H.M. Ter Haar, W.D. Kolkman W.M. Schrama & L.C.A. Verstappen, Toezicht op het bewind van ouders en voogden over het vermogen van minderjarigen (WODC-rapport), Den Haag: Boom juridisch 2017. De onderzoekers van het WODC-rapport bevelen de wetgever aan te expliciteren welke bescherming de minderjarige geniet bij een Boek 4-bewind, zie deel II, par. 1.2.8.

6 Zie EHRM 7 mei 2015, ECLI:NL:XX:2015:325, NJ 2016/253 m.nt. Verstappen (S.L. en J.L./Kroatië; een flat voor een villa). Zie hierover het onder noot 5 genoemde WODC-onderzoek, deel II, par. 1.2.6 en 2.

7 Asser/Perrick 4 2021/723, M.B. de Boer, Het bewind (diss. Utrecht), 1982, p. 270 en A.G. Lubbers, Bewind in NBW, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 54-55.

geheven. In paragraaf 3 komt gestapeld testamentair bewind bij een minderjarige verkrijger aan de orde en in paragraaf 4 wordt ingegaan op twee recente uitspraken waarin sprake was van zowel een testamentair bewind als een meerderjarigenbewind.

### 3 Samenloop van bewind en verschillende soorten testamentair bewindvoerders bij minderjarigen

Iemand die iets wil nalaten aan een minderjarige en niet wil dat de ouder(s) of voogd(en) het bewind hierover voeren, kan een bewind instellen als bedoeld in Boek 4 BW. Hij kan echter ook een bewindvoerder benoemen die in plaats van de ouder(s) of voogd(en) het bewind over het geërfde vermogen voert op de voet van de regels van het voogdijbewind. Hij maakt dan gebruik van artikel 1:253i lid 4 sub c of 1:337 lid 3 BW. In dit geval kan gesproken worden van een testamentaire Boek 1-bewindvoerder.<sup>8</sup>

Tot 1 januari 2003 was gebruikelijk dat in het testament van een (gescheiden) ouder over het erfdeel van zijn minderjarige kinderen gedurende de minderjarigheid een bewindvoerder werd benoemd op grond van artikel 1:253i lid 4 sub c BW. Een ander dan de overgebleven ouder (ex-partner van de erflater) zou dan op de voet van de regeling van het voogdijbewind het bewind over het erfdeel voeren. Omdat de benoeming van een testamentaire Boek 1-bewindvoerder de goederen van het erfdeel niet raakte, werd deze onaantastbaar geacht door een beroep op de legitieme portie van het kind.<sup>9</sup> Onder huidig recht wordt doorgaans van meet af aan een Boek 4-bewind ingesteld, dat nog enige tijd in stand blijft na de minderjarigheid. Van belang is wel dat in het testament is bepaald dat het bewind is ingesteld omdat het kind ongeschikt of onmachtig is om zelf in het beheer te voorzien (art. 4:75 BW). Daarmee is het bewind in beginsel voldoende beschermd tegen eventuele acties op grond van de legitieme portie.<sup>10</sup>

In de praktijk wordt soms een Boek 4-bewind ingesteld terwijl tevens op grond van artikel 1:253i lid 4 sub c BW een bewindvoerder wordt benoemd. Laatstgenoemde bewindvoerder treedt dan alleen in functie in het (on-

waarschijnlijke) geval dat het Boek 4-bewind op grond van artikel 4:178 lid 2 BW wordt opgeheven, terwijl de rechthebbende nog minderjarig is. De benoeming van de testamentaire Boek 1-bewindvoerder is dus voorwaardelijk. Het is ongebruikelijk dat een testamentaire Boek 1-bewindvoerder wordt benoemd die functioneert gedurende het bestaan van een Boek 4-bewind. Toch kwam deze samenloop recentelijk aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Gelderland.

#### 3.1 Rechtbank Gelderland 30 september 2021<sup>11</sup>

De uitspraak betrof een situatie waarin sprake is van een erflater (overleden op 2 december 2020) die naast twee kinderen zijn minderjarige kleinzoon als erfgenaam heeft achtergelaten. Over het erfdeel van de minderjarige kleinzoon is overeenkomstig de regels van Boek 4 BW een bewind ingesteld dat voortduurt tot het kind 23 jaar is. Daarnaast is op grond van artikel 1:253i lid 4 sub c BW een ander dan de wettelijke vertegenwoordiger(s) tot testamentair bewindvoerder benoemd. Een buurman van de erflater is benoemd tot bewindvoerder zowel in de zin van Boek 4 BW als in de zin van artikel 1:253i lid 4 sub c BW. De testateur heeft dus welbewust dezelfde persoon zowel tot Boek 4-bewindvoerder als testamentaire Boek 1-bewindvoerder benoemd.

De moeder van de minderjarige erfgenaam verzoekt de kantonrechter de testamentair bewindvoerder te ontslaan. Er zou tussen de erfgenamen en de bewindvoerder een onstabiele situatie zijn ontstaan, omdat hij de vriendin van de erflater bijstaat in een juridisch conflict over de nalatenschap. Daarnaast zou de testamentair bewindvoerder niet over de nodige kennis en kunde beschikken om als bewindvoerder op te treden. De moeder verzoekt de kantonrechter een (naar eigen zeggen onafhankelijke) vriendin van haar te benoemen als opvolgend bewindvoerder.

De kantonrechter concludeert dat inderdaad sprake is van gewichtige redenen die moeten leiden tot ontslag van de bewindvoerder (art. 4:164 lid 2 BW). Nu het testament niet voorziet in de benoeming van een opvolgend bewindvoerder, acht de kantonrechter zich bevoegd te oordelen over het verzoek van de moeder tot benoeming van een dergelijke opvolger (art. 4:157 lid 1 BW). Hij ziet in de door de moeder aangedragen vriendin een geschikte bewindvoerder en wijst haar verzoek toe.

De kantonrechter realiseert zich voorts dat het onwenselijk is dat de ontslagen Boek 4-bewindvoerder aanblijft als testamentair bewindvoerder in de zin van artikel 1:253i lid 4 sub c BW. Voor deze bewindvoerder bestaat echter geen procedure die vergelijkbaar is met die van artikel 4:164 lid 2 BW. Met gebruikmaking van artikel 1:370 lid 9 BW ontslaat hij de testamentaire Boek 1-bewindvoerder daarom *ambtshalve* en vervangt hij deze eveneens *ambtshalve* door dezelfde opvolgend be-

8 Het gaat hier om een uiterste wilsbeschikking die niet in Boek 4 geregeld is, maar wel in de wet (namelijk in Boek 1 BW) als zodanig wordt aangemerkt (art. 4:42 lid 1 BW).

9 Zie hierover uitgebreid mijn dissertatie Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen, hoofdstuk 4, deel I.

10 Bij een beroep op de legitieme portie na verwerping van de nalatenschap door de legitimaris komt dan de waarde van hetgeen de legitimaris zonder verwerping had kunnen verkrijgen op grond van art. 4:72 of 4:73 BW in mindering op zijn legitieme portie. Het is daarom niet in het belang van de minderjarige legitimaris om deze route te bewandelen.

11 Rb. Gelderland 30 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5255.

windvoerder (de door de moeder aangedragen vriendin).<sup>12</sup>

Omdat zij tevens testamentair bewindvoerder is in de zin van Boek 4 BW, moet de opvolgend bewindvoerder op grond van artikel 4:160 lid 1 een afschrift van de boedelbeschrijving van het erfdeel van de minderjarige indienen bij de griffie van de rechtbank. Tevens moet zij, omdat zij door de rechter is benoemd, zowel periodiek als aan het einde van het bewind rekening en verantwoording afleggen aan de rechthebbende ten overstaan van de kantonrechter als bedoeld in artikel 4:161 lid 4 BW, laatste zin.<sup>13</sup>

### 3.2 Beschouwing

De samenloop van de benoeming van een testamentaire Boek 1-bewindvoerder naast een Boek 4-bewindvoerder bij minderjarige verkrijgers leidt tot complicaties en roept daarom vragen op. De belangrijkste vraag is wie de Boek 4-bewindvoerder in deze constructie controleert. Normaal gesproken is dat de wettelijke vertegenwoordiger namens de minderjarige, maar deze wordt nu met behulp van artikel 1:253i lid 4 sub c BW vervangen door dezelfde persoon als de testamentaire Boek 4-bewindvoerder. Theoretisch gezien berust nu de controlerende taak dus bij de testamentair bewindvoerder zelf. Mocht dit al mogelijk zijn, dan is het maar de vraag wat de testateur ermee opschiet, omdat ingevolge artikel 1:253i lid 5 BW de wettelijke vertegenwoordiger op ieder gewenst moment rekening en verantwoording van de testamentaire Boek 1-bewindvoerder kan verlangen.<sup>14</sup> Wil een erflater de toezichthoudende rol van de wettelijke vertegenwoordiger(s) op het Boek 4-bewind beperken, dan biedt artikel 4:171 BW hem hiertoe ruimschoots voldoende mogelijkheden. Bovendien kan het Boek 4-bewind ook nadat de rechthebbende meerderjarig is geworden, blijven doorlopen, hetgeen meestal gewenst is.

Anders dan bij het Boek 4-bewind bestaat er geen expliciete bepaling op grond waarvan de benoeming van de testamentaire Boek 1-bewindvoerder kan worden beëindigd. Wel vloeit uit het bepaalde in artikel 1:253i lid 6 BW voort dat als de testamentaire Boek 1-bewindvoerder ontbreekt (waardoor het bewind vervalt), het bewind

automatisch terugvalt aan de wettelijke vertegenwoordiger.

Dat de kantonrechter van de rechtbank Gelderland de testamentaire Boek 1-bewindvoerder met behulp van artikel 1:370 BW vervangt, is bij mijn weten uniek. Het bepaalde in artikel 1:370 BW, dat ingevolge artikel 1:253k BW van toepassing is op zowel ouders als voogden, is sinds 1 oktober 1964 in de wet opgenomen als instrument om bij slecht functioneren van de wettelijke vertegenwoordiger(s) als bewindvoerder(s) een ander met de bewindstaak te belasten.<sup>15</sup> Het is de vraag of dit artikel ook toegepast kan worden op de testamentair bewindvoerder in de zin van artikel 1:253i lid 4 sub c BW. Vervanging van de testamentair bewindvoerder door de kantonrechter staat namelijk op gespannen voet met het bovengenoemde artikel 1:253i lid 6 BW.

Uit oude rechtspraak van de Hoge Raad valt af te leiden dat de wetgever bewust niet heeft voorzien in de mogelijkheid van benoeming van een opvolgend bewindvoerder door de rechter. Het is juist de bedoeling dat het bewind bij het ontbreken van een testamentaire Boek 1-bewindvoerder toekomt aan de ouder(s).<sup>16</sup> Deze gedachte lijkt mij echter sinds 2003 achterhaald, nu de wetgever de testeervrijheid in het erfrecht veel meer voorop heeft gesteld en in artikel 4:157 lid 1 BW het verzoek om benoeming van een opvolgend Boek 4-bewindvoerder wel mogelijk heeft gemaakt.

Ik meen daarom dat de vervanging van de testamentair bewindvoerder door een andere bewindvoerder dan de wettelijke vertegenwoordiger op grond van artikel 1:370 BW in principe mogelijk zou moeten zijn. De kantonrechter had in casu de bewindvoerder wellicht beter kunnen ontslaan (art. 1:370 lid 9 BW), waardoor de Boek 4-bewindvoerder, de moeder en de rechthebbende van de gecompliceerde samenloop van bewindvoerders waren bevrijd. De moeder had dan als wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige haar controlerende rol kunnen vervullen conform de regels van Boek 4 BW.

Het toezicht van de (kanton)rechter op het testamentair bewind is in onderhavig geval gewaarborgd door het bepaalde in artikel 4:161 lid 1 BW, laatste zin, op grond waarvan rekening en verantwoording ten overstaan van de (kanton)rechter plaatsvindt.

12 De kantonrechter bepaalt daarbij dat de ontslagen bewindvoerder op grond van art. 1:372 en 1:373 BW rekening en verantwoording aflegt aan de opvolgend bewindvoerder. Dat lijkt mij niet juist. Omdat het Boek 4-bewind prevaleert, geldt namelijk de rekenplicht van art. 4:161 BW. Overigens is het nog maar de vraag of het bewind al is aangevangen, omdat vanwege beneficiaire aanvaarding de nalatenschap eerst wordt vereffend.

13 De rechtbank spreekt overigens ten onrechte van 'voor de rechthebbende aan de kantonrechter'.

14 Eerder zag ik wel het nut in van stapeling van de twee bewindvormen. De testateur zou dan een *ander* dan de Boek 4-bewindvoerder tot Boek 1-bewindvoerder kunnen benoemen, met als resultaat dat die *ander* de Boek 4-bewindvoerder in plaats van de wettelijke vertegenwoordiger zou kunnen controleren (zie J.H.M. ter Haar, Het testamentair minderjarigenbewind, WPNR 2006, afl. 6692, p. 884). Van dit inzicht ben ik in mijn dissertatie teruggekomen (Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen, p. 151) vanwege de ongewenste complexiteit die deze constructie veroorzaakt.

15 Kamerstukken II 1959/60, 5520, p. 7 (MvT).

16 Dit blijkt onder andere uit twee uitspraken van de Hoge Raad: HR 12 april 1893, W 6338 en HR 24 april 1900, W 7442, waarover meer uitgebreid in mijn dissertatie Minderjarigen en (de zorg voor hun) vermogen, p. 128. De testateur kan in zijn uiterste wil overigens wel zelf een opvolgend bewindvoerder benoemen, zie Voorduin II, p. 585.

## 4 Opheffing van testamentair bewind wegens samenloop met meerderjarigenbewind

Ingevolge artikel 4:178 lid 2 BW kan de testamentair bewindvoerder om opheffing van een Boek 4-bewind verzoeken op grond van onvoorziene omstandigheden of omdat aannemelijk is dat de rechthebbende de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze zal kunnen besturen. De rechthebbende kan de opheffing ook op laatstgenoemde grond verzoeken, maar alleen als vijf jaren na het overlijden van de erflater zijn verstreken.<sup>17</sup> Het bestaan van een meerderjarigenbewind of curatele is als zodanig geen grond om testamentair bewind op te heffen. Ook het betoog dat een rechthebbende zijn vermogen door tussenkomst van de meerderjarigenbewindvoerder of curator zelf op verantwoorde wijze kan besturen, houdt geen stand.<sup>18</sup> Wel kan uiteraard de instelling van een dergelijke maatregel een onvoorziene omstandigheid zijn op grond waarvan de testamentair bewindvoerder om opheffing kan verzoeken.<sup>19</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis is met artikel 4:178 lid 2 BW getracht 'een weg tot opheffing van het bewind te vinden indien dat geen goede zin (meer) heeft of zelfs als vexatoir moet worden beschouwd'.<sup>20</sup>

Onlangs verschenen kort achter elkaar twee uitspraken waarin de rechter werd verzocht een Boek 4-bewind op te heffen, omdat de goederen van de rechthebbende al onder een meerderjarigenbewind waren gesteld. In de komende paragrafen wordt op deze uitspraken nader ingegaan.

### 4.1 De testamentair bewindvoerder wil zijn taak beëindigen

- *Rechtbank Gelderland 6 september 2021*<sup>21</sup>

De eerste zaak, die speelde voor de rechtbank Gelderland, betrof een nalatenschap van een in 2020 overleden erflaatster. Bij haar in 1996 opgemaakte uiterste wil heeft zij een bewind ingesteld over al hetgeen haar dochter uit haar nalatenschap verkrijgt. In 2016 is het vermogen van de betreffende dochter onder een meerderjarigenbewind gesteld. Er is sprake van een professionele bewindvoerder. Volgens de testamentair bewindvoerder heeft het Boek 4-bewind geen nut meer omdat er al sprake is van een meerderjarigenbewind. Ten tijde van het opstellen van haar uiterste wil wist de erflaatster niet dat later een meerderjarigenbewind ingesteld zou worden. Hierdoor is volgens de testamentair bewindvoerder sprake van onvoorziene omstandigheden op

grond waarvan het bewind nu kan worden opgeheven. In casu zijn de bewindvoerders dus niet dezelfde persoon.

De rechtbank wijst er in haar kort gemotiveerde uitspraak op dat vanwege de instelling van een testamentair bewind sprake is van een afgescheiden vermogen, zodat het erfdeel juist niet onder het meerderjarigenbewind valt. Ongeacht of erflaatster heeft voorzien dat het vermogen van haar dochter ten tijde van het overlijden van erflaatster onder een meerderjarigenbewind zou staan, is daarmee volgens de rechtbank niet gezegd dat erflaatster geen testamentair bewind over het erfdeel zou hebben willen instellen. De rechtbank wijst het verzoek af en merkt ten overvloede op dat in het testament van erflaatster is geregeld dat de bewindvoerder bij notariële akte een opvolger met gelijke bevoegdheden kan benoemen. De testamentair bewindvoerder en de bewindvoerder van het meerderjarigenbewind kunnen daarom in onderling overleg regelen dat laatstgenoemde bewindvoerder ook als testamentair bewindvoerder zal fungeren.

- *Beschouwing*

In bovengenoemde zaak gaat het om een meerderjarigenbewind dat al bestond ten tijde van het overlijden van de erflaatster. Dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van onvoorziene omstandigheden op grond waarvan het bewind kan worden opgeheven. Uit de parlementaire geschiedenis valt juist op te maken dat het in beginsel moet gaan om omstandigheden die ten tijde van het maken van het testament niet voorzien waren.<sup>22</sup> Het hoeft dus niet te gaan om onvoorziene omstandigheden na overlijden van de testateur.<sup>23</sup>

Het is denkbaar dat de testamentair bewindvoerder niet meer gemotiveerd is het bewind over het erfdeel te voeren. Daarvoor kan hij goede redenen hebben. Mogelijk staan opvolgers niet te springen om de taak over te nemen. In casu kan blijkbaar ook met instandhouding van het testamentair bewind eenvoudig geregeld worden dat de bewindvoerder van het meerderjarigenbewind tevens de testamentair bewindvoerder wordt. Dat neemt niet weg dat opheffing van het testamentair bewind een betere oplossing kan zijn.

Heeft het testamentair bewind dezelfde strekking als het meerderjarigenbewind, bevat het testamentair bewind geen bijzondere van het meerderjarigenbewind afwijkende bepalingen, en is de bewindvoerder van het meerderjarigenbewind bereid de bewindstaak op zich te nemen, dan is opheffing op zijn minst het overwegen waard.

Wordt het testamentair bewind opgeheven, dan kan de kantonrechter beter toezicht uitoefenen op het bewind. De regels zijn dan voor alle betrokkenen ook eenduidiger. Dit kan ook zeer goed in lijn zijn met de (veronder-

17 Bij schenking onder bewind vangt deze termijn aan op het tijdstip waarop de schenking wordt uitgevoerd (art. 7:182 lid 2 BW).

18 Zie Asser/Perrick 4 2021/761, met verwijzing naar Rb. Amsterdam 4 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:490.

19 Zie Asser/Perrick 4 2021/761.

20 Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 2147 (NW2).

21 Rb. Gelderland 6 september 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:6574, zie ook Notamail 2022/14.

22 Parl. Gesch. Inv. Boek 4, p. 2148 (MvA II). Zie ook T.J. Mellema-Kranenburg, *Executele en bewind* (Mon. BW B21b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 44.3.

23 Zie ook Asser/Perrick 4 2021/761 en Mellema-Kranenburg, *Executele en bewind*, par. 44.3; anders: Klaassen/Luijten & Meijer II, *Erfrecht* 2008/490.

stelde) wil van de erflaatster. Bij de overweging van de rechter om het bewind op te heffen dient mijns inziens ook te worden gelet op de vraag in hoeverre het denkbaar is dat het meerderjarigenbewind in de toekomst kan worden beëindigd, omdat de rechthebbende capabel wordt geacht het onder bewind gestelde vermogen zelf te besturen. Het is niet de bedoeling dat de bescherming die voortvloeide uit het testamentair bewind te gemakkelijk wegvalt. Hier moet ook weer niet al te zwaar aan worden getild, omdat artikel 4:178 lid 2 BW zowel de bewindvoerder als de rechthebbende (na verloop van tijd) ruimte biedt om opheffing van het bewind te verzoeken als aannemelijk is dat de rechthebbende de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze kan besturen.

De rechtbank Gelderland gaat overigens – zoals ook in Notamail 2022/14 al opgemerkt – voorbij aan artikel 134 van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Er is immers sprake van een testamentair bewind dat is ingesteld krachtens een onder oud erfrecht opgemaakte uiterste wil. In dat geval is krachtens deze bepaling het huidige erfrecht op het bewind van toepassing, *behoudens voor zover bij de benoeming regelingen zijn getroffen die van afdeling 4.5.6 BW afwijken*.<sup>24</sup>

Uit de uitspraak blijkt niet of het bewind voor een bepaalde periode is ingesteld (bijvoorbeeld tot een bepaalde leeftijd of levenslang). In de literatuur bestaat discussie over de reikwijdte van de cursieve zinsnede. Niet duidelijk is of deze ook met zich brengt dat opheffing van een testamentair bewind op grond van artikel 4:178 lid 2 BW mogelijk is, als het (oude) testamentair bewind bijvoorbeeld is ingesteld gedurende het hele leven van de rechthebbende. De onmogelijkheid om in zo'n geval bewind op te heffen wordt bepleit door B.M.E.M. Schols,<sup>25</sup> F.W.J.M. Schols<sup>26</sup> en Klaassen/Luijten & Meijer.<sup>27</sup> In navolging hiervan verklaarde onder andere het hof 's-Hertogenbosch artikel 4:178 lid 2 BW in deze situatie buiten toepassing.<sup>28</sup> Het hof Arnhem-Leeuwarden volgde echter Breemhaar, die een andere mening is toegedaan.<sup>29</sup> Overtuigend vind ik Breemhaars argument dat een levenslang testamentair bewind niet in strijd is met de (dwingende) bepalingen van het huidige erfrecht.<sup>30</sup> De instelling van een levenslang testamentair bewind is immers zowel onder oud als onder nieuw recht mogelijk. De bewindvoerder en de rechthebbende hebben sinds 1 januari 2003 krachtens artikel 4:178 lid 2 BW

de mogelijkheid zich tegen een dergelijk langdurig bewind te verzetten, als dit bewind geen goede zin (meer) heeft. Niet goed valt in te zien waarom de wetgever de bewindvoerder en de rechthebbende van een onder oud recht opgemaakt testament deze bevoegdheden heeft willen onthouden.

## 4.2 De testamentair bewindvoerder is ongewenst

- *Rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2021*<sup>31</sup>

De tweede uitspraak betrof een zaak die speelde voor de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland. Er was sprake van een nalatenschap van een erflaatster die in 2006 is overleden. Haar zoon was erfgenaam en ten tijde van het overlijden nog minderjarig. Over zijn erfdeel is een Boek 4-bewind ingesteld en zijn tante is daarbij tot bewindvoerder benoemd. Bij zijn meerderjarigheid zijn de goederen van de zoon onder een meerderjarigenbewind gesteld en is de betreffende tante eveneens tot bewindvoerder van dit bewind benoemd. In 2020 wordt de tante wegens een vertrouwensbreuk als bewindvoerder van het meerderjarigenbewind ontslagen en vervangen door een professionele bewindvoerder. De erfgenaam verzoekt de kantonrechter nu het testamentair bewind wegens onvoorziene omstandigheden op te heffen dan wel subsidiair zijn tante als bewindvoerder te ontslaan en de professionele bewindvoerder tot testamentair bewindvoerder te benoemen. Volgens de tante is er geen grond het bewind op te heffen. Zij beroept zich op de uiterste wil van erflaatster en meent onder meer dat het feit dat er geen contact is tussen haar en de rechthebbende te wijten is aan het mijndende gedrag van de rechthebbende. Verzoeker beroept zich op de ernstig verstoorde relatie met zijn tante (en andere familieleden) en voert aan dat het contact met de bewindvoerder van het meerderjarigenbewind wel goed is.

De kantonrechter constateert dat op grond van artikel 4:178 lid 2 BW de rechtbank bevoegd is te beslissen op het verzoek tot opheffing van het testamentair bewind. Omdat hij ook tot rechter is benoemd in de betreffende rechtbank en mede gelet op de verwevenheid van de verzoeken ziet de kantonrechter aanleiding om de zaak niet naar de rechtbank te verwijzen. Hij besluit het verzoek gelijktijdig met de overige verzoeken te behandelen en ze in één beschikking af te doen. De kantonrechter erkent dat aan de voorwaarden van artikel 4:178 lid 2 BW niet is voldaan, omdat de verzoeker niet in staat is de goederen zelf op verantwoorde wijze te besturen. Toch wijst hij het verzoek tot opheffing van het bewind toe. De kantonrechter constateert dat door opheffing van het testamentair bewind het erfdeel van de zoon automatisch onder het meerderjarigenbewind valt. Dit bewind biedt volgens de kantonrechter voldoende waarborgen om het erfdeel van verzoeker veilig te stellen tegen zijn onvermogen om op een verantwoorde wijze

24 Zie voor schenkingen onder bewind art. 201 Overgangswet NBW.

25 B.M.E.M. Schols, in: Handboek Erfrecht 2020, XV, par. 17.3.

26 F.W.J.M. Schols, Testamentair bewind naar nieuw erfrecht, in: Bewind en aan bewind verwante vormen (preadvies KNB), Den Haag: Vermande 2004, par. 2.2.5.

27 Klaassen/Luijten & Meijer II, Erfrecht 2008/497.

28 Hof 's-Hertogenbosch 21 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2687. In dezelfde zin ook Rb. Zeeland-West-Brabant 4 augustus 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:4043, en eerder Rb. Amsterdam 4 februari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:490, waarover Huijgen in JBN 2016/36. Zie over deze uitspraken ook F.W.J.M. Schols in Advotip 2019-5 en 2021-16.

29 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5612.

30 W. Breemhaar, De opheffing van een onder het oude erfrecht ingesteld testamentair bewind, FTV 2015/60.

31 Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5246, zie ook Notamail 2021/280.

met zijn geld om te gaan. Verwezen wordt naar de parlementaire geschiedenis waaruit de ratio van artikel 4:178 lid 2 BW blijkt: voorkomen dat de rechthebbende zich al te licht tegen de wil van de erflater van het bewind kan ontdoen. De kantonrechter ontwaart bij de opheffing van het bewind geen strijd met hetgeen erflaatster voor ogen had bij het opstellen van haar testament. Gewezen wordt op de plicht van de meerderjarigenbewindvoerder om jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen aan de kantonrechter. Dit is volgens de kantonrechter – mede gelet op de getroebleerde familieverhoudingen – in meerdere opzichten in het belang van verzoeker.

- *Beschouwing*

De uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland is een zeer pragmatische. De rechthebbende zelf kan opheffing van bewind wegens onvoorziene omstandigheden niet verzoeken, waardoor aan een geldige grond voor opheffing niet is voldaan. Overigens had de kantonrechter op grond van artikel 71 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de zaak ambtshalve moeten doorverwijzen naar de civiele rechter. Toch wijst de kantonrechter het verzoek van de rechthebbende toe. De kantonrechter meent kennelijk dat voortzetting van het testamentair bewind niet wenselijk is, maar onderkent ook dat er een onnodig gecompliceerde rechtsverhouding ontstaat als de bewindvoerder van het meerderjarigenbewind tevens de testamentair bewindvoerder zal zijn. Het eindresultaat, dat het erfdeel van de rechthebbende onder het meerderjarigenbewind zou vallen, is voor zowel de rechthebbende als de bewindvoerder daarom het meest wenselijk en bovendien is aannemelijk dat dit strookt met de wil van de erflaatster. De kantonrechter wijst in zijn beschikking terecht op het belang van het kantonrechtelijk toezicht op het bewind.

## 5 Conclusie

Samenloop van testamentair bewind met een ander bewind kan goede zin hebben en juist de bedoeling van de testateur zijn. Twijfel hieraan kan ontstaan als de bewindvoerder van het testamentair bewind dezelfde persoon is als degene die als wettelijke vertegenwoordiger van de rechthebbende het bewind voert over zijn vermogen. Men denke hierbij aan het ouderlijk bewind, het voogdijbewind, het curatelebewind of het meerderjarigenbewind. De vraag die in deze situatie speelt, is in hoeverre opheffing van het testamentair bewind wenselijk en/of mogelijk is.

Is er sprake van een Boek 4-bewind en is de wettelijke vertegenwoordiger (ouder of voogd) bewindvoerder, dan zal het bewind vanwege zijn aard en strekking doorgaans goede zin hebben. Men dient zich wel te realiseren dat adequate controle op het bewind ontbreekt omdat de ouder en de Boek 4-bewindvoerder dezelfde persoon zijn. Het is aan de wetgever om de waarborgen

van de minderjarige nader te regelen. De testateur die nu meer waarborgen wenst, zou met het oog op deze situatie in zijn testament een derde kunnen aanwijzen die de bewindvoerder gedurende de minderjarigheid van de rechthebbende controleert.

De situatie waarin sprake is van een minderjarige rechthebbende en een Boek 4-bewind is ingesteld, terwijl tegelijkertijd een bewindvoerder is benoemd als bedoeld in artikel 1:253i lid 4 sub c of 1:337 lid 3 BW, maakt de rechtsverhouding tussen bewindvoerder(s) en rechthebbende onnodig gecompliceerd. Het bepaalde in artikel 1:370 BW biedt de kantonrechter een mogelijkheid om de testamentaire Boek 1-bewindvoerder ambtshalve te vervangen, maar ook te ontslaan, zodat de wettelijke vertegenwoordiger controle kan uitoefenen op het testamentair bewind als bedoeld in Boek 4 BW. Bij gebruikmaking van artikel 1:370 BW staan de belangen van de minderjarige (en niet die van de testateur) voorop.

Is sprake van samenloop van een meerderjarigenbewind of curatele en een testamentair bewind en is de meerderjarigenbewindvoerder of curator tevens testamentair bewindvoerder over een verkrijging van dezelfde rechthebbende, dan is goed denkbaar dat het testamentair bewind geen goede zin (meer) heeft. Ook in dit geval ontbreekt adequaat toezicht op het Boek 4-bewind, omdat degene die de bewindvoerder namens de rechthebbende moet controleren dezelfde persoon is als de Boek 4-bewindvoerder zelf. De kantonrechter zou voor deze situatie een tweede (meerderjarigen)bewindvoerder of curator kunnen benoemen. De opheffing van het testamentair bewind op grond van artikel 4:178 lid 2 BW kan een eenvoudigere oplossing zijn. Een verzoek hiertoe door de bewindvoerder is mogelijk als het meerderjarigenbewind of de curatele is ingesteld nadat het testament is verleden en aannemelijk is dat de testateur de wettelijke beschermingsmaatregel niet heeft voorzien. Of het testamentair bewind geen goede zin (meer) heeft, zal met name afhangen van de bijzondere bepalingen in de uiterste wil en van de kans dat het meerderjarigenbewind (of de curatele) in de (nabije) toekomst zal worden beëindigd. De rechter zal zich daarbij moeten afvragen of het de bedoeling van de testateur kan zijn geweest het testamentair bewind ondanks de wettelijke beschermingsmaatregel te handhaven. De concrete omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de uitkomst. Dit geldt ook voor de situatie waarin de testamentair bewindvoerder een ander dan de meerderjarigenbewindvoerder is en om opheffing van het bewind verzoekt omdat de meerderjarigenbewindvoerder zijn taak wil overnemen. Een welwillende houding van de rechter is bij een verzoek tot opheffing van het testamentair bewind in deze situaties gewenst. De rechthebbende, de bewindvoerder en de kantonrechter als toezichthouder kunnen dan wellicht van een onnodig gecompliceerde rechtsverhouding worden verlost.