

Vergaderjaar 2000–2001

17 213

Vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 7 december 2000

Algemeen

Met belangstelling heb ik kennis genomen van het verslag over het wetsvoorstel en de nota van wijziging. Het is verheugend dat de commissie de in de nota van wijziging voorgestelde wijzigingen beschouwt als een aanzienlijke verbetering ten opzichte van de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Op de in het verslag opgenomen opmerkingen en vragen ga ik in het navolgende gaarne in.

Onderscheid in giften

Schenken en andere giften

Het verheugt mij dat de commissie ermee instemt dat in het wetsvoorstel het vormvereiste van de notariële akte voor de schenking is komen te vervallen. Inderdaad kan de bescherming die het vormvereiste thans biedt tegen onnadenkendheid en overijling ook bereikt worden met de mogelijkheden van artikel 3:44 lid 4 BW (misbruik van omstandigheden).

Schenken bij dode

Verheugend is voorts dat de commissie zich grotendeels kan vinden in de bij de nota van wijzigingen voorgestelde aanpassingen in de regeling voor schenkingen ter zake des doods. Op de in dat verband door de commissie gestelde vragen ga ik als volgt in.

Indien van een rechtshandeling die deels een gift ter zake des doods vormt – een zogeheten *negotium mixtum cum donatione* – geen notariële akte is opgemaakt, zal zij op de voet van artikel 7.3.12a lid 2 kunnen worden vernietigd, tenzij de begiftigde tijdig een zodanige aanvullende prestatie toezegt dat de met de rechtshandeling gemoeide verrijking wordt ongedaan gemaakt. De commissie vraagt zich af of het niet juister zou zijn om te bepalen dat niet de toezegging, maar het feitelijk daaraan gevolg geven tot verval van de actie tot vernietiging dient te leiden. Daardoor zou echter voor deze gemengde rechtshandelingen een ander systeem komen te gelden dan voor de, op dit punt vergelijkbare, legaten

tegen inbreng. Bij legaten tegen inbreng kan op een eventuele vernietigbaarheid geen beroep worden gedaan wanneer de legataris een wijziging van het legaat voorstelt, waardoor het nadeel ongedaan wordt gemaakt (artikel 3:54 BW). Eenzelfde regel is opgenomen in artikel 6:230 BW voor het geval dat een overeenkomst vernietigbaar is op grond van dwaling. In alle gevallen valt de vernietigbaarheid weg door een aanbod tot wijziging van de rechtsverhouding, waardoor het nadeel wordt opgeheven dat bij ongewijzigde voortzetting geleden wordt door degene die tot vernietiging bevoegd is. Voor een afwijking van dit samenstel van regels in het bijzondere geval van de negotium mixtum cum donatione bestaat naar mijn oordeel geen grond. Ook hier dient onzekerheid over de vernietigbare rechtsverhouding tussen partijen zo spoedig mogelijk beëindigd te kunnen worden. Toezegging van een aanvullende prestatie is daarvoor voldoende, nu reeds daardoor het verrijkende effect van de oorspronkelijke rechtshandeling wordt teniet gedaan.

De commissie wenst te vernemen of het, voor het met de beoogde werking aangaan van een schenking ter zake des doods, voldoende is dat het aanbod tot schenking bij notariële akte wordt gedaan, of dat ook de aanvaarding bij notariële akte moet zijn vastgelegd. Daarbij wijst de commissie erop dat weliswaar in de toelichting bij de nota van wijziging opgemerkt is dat het voorschrift van de notariële akte mede betrekking heeft op de aanvaarding, maar de commissie vraagt zich af hoe zich dat verhoudt tot artikel 7.3.1 lid 2, volgens welke bepaling een tot een bepaald persoon gericht schenkingsaanbod als aangenomen geldt wanneer deze het na kennisneming niet onverwijld heeft afgewezen.

Hierover zou ik de commissie willen antwoorden dat toepasselijkheid van de regel van artikel 7.3.1 lid 2 geenszins in de weg hoeft te staan aan het voor schenkingen ter zake des doods stellen van de nadere eis van notariële vastlegging van de gehele overeenkomst. In veel gevallen zal men aan de zogenoemde «snelle aanvaardingsregel» van artikel 7.3.1 lid 2 niet toekomen, namelijk wanneer aanbod en aanvaarding gelijktijdig in één notariële akte worden vastgelegd. Zou van het aanbod een aparte notariële akte zijn opgemaakt en zou deze ter kennis van de aspirant-begiftigde komen, dan zal weliswaar ingevolge artikel 7.3.1 lid 2 de aangeboden schenking tot stand komen, maar zolang deze schenking niet alsnog in zijn geheel notarieel is vastgelegd, zal zij door het overlijden van de schenker komen te vervallen (artikel 7.3.3 lid 1, eerste zin).

Ter vermindering van misverstand wordt bij de tweede nota van wijziging voorgesteld de tekst van artikel 7.3.3 lid 1, eerste zin, aldus te wijzigen dat het woord «daarvan», dat verwijst naar het in dezelfde zin genoemde «schenking», te vervangen door: van de schenking.

Hoewel artikel 7.3.3 de eis stelt dat van de schenking zelf een notariële akte is opgemaakt, bestaat er geen bezwaar tegen om daarmee gelijk te stellen het geval dat de overeenkomst niet als geheel in één akte is vastgelegd, doch het aanbod en de daarop aansluitende aanvaarding in afzonderlijke aktes zijn neergelegd. Daarbij dient in verband met artikel 3:37 lid 3 BW uit de laatste akte wel te blijken dat de daarin gerelateerde verklaring van aanvaarding de schenker heeft bereikt. Dat kan bijvoorbeeld blijken door medeondertekening door de schenker. Denkbaar is ook dat de schenker een ander, bijvoorbeeld de notaris, machtigt tot het in ontvangst nemen van de aanvaardingsverklaring (artikel 3:60 lid 2 BW).

De vraag van de commissie of de facultatieve uitleg van artikel 10 Wet AB door de Hoge Raad in zijn arrest van 2 april 1942, NJ 1942, 468 (Jurgens/Van Heesch) zijn waarde behouden heeft, kan bevestigend worden beantwoord.

De commissie wenst vervolgens te vernemen of de verplichting tot inschrijving in het testamentenregister van schenkingen bij dode mede betrekking heeft op een aanbod gedaan in de vorm van artikel 7.3.3 lid 1, terwijl de aanvaarding daarvan nog niet, of vormloos of bij onderhandse akte is tot stand gekomen. Deze vraag dient ontkennend te worden beantwoord. De in artikel 1, eerste lid, onder e, van de Wet op het centraal testamentenregister neer te leggen verplichting tot inschrijving zal betrekking hebben op «notariële akten bevattende schenkingsovereenkomsten of andere giften met de strekking dat zij pas na het overlijden van de schenker of geveer zullen worden uitgevoerd» (kamerstukken II 1999–2000, 27 245, nrs. 1–2, blz. 11). Daarmee wordt derhalve bedoeld op de notariële akte die ingevolge artikel 7.3.3 lid 1, eerste zin, van de schenking moet worden opgemaakt, doch niet op een aanbod tot het aangaan van een schenking bij dode. Zou zich het hiervoor genoemde geval voordoen dat de schenkingsovereenkomst niet als geheel in één akte is vastgelegd, doch het aanbod en de daarop aansluitende aanvaarding in afzonderlijke aktes zijn neergelegd, dan dient voor de toepassing van artikel 1, eerste lid, onder e, van de Wet op het centraal testamentenregister deze laatste akte als de in te schrijven akte te worden beschouwd.

Vervolgens stelt de commissie de vraag aan de orde of de aanvaarding door de begiftigde van een schenking bij dode door hem persoonlijk dient te geschieden en of derhalve aanvaarding bij volmacht is uitgesloten. Terecht wijst de commissie er daarbij op dat voor de beantwoording van deze vraag geen steun kan worden gevonden in een vergelijking met een legaat of erfstelling, nu bij legaat en erfstelling de eis van aanvaarding in persoon en bij authentieke akte niet geldt; bij legaten is aanvaarding zelfs in het geheel niet nodig (artikel 4.5.2.7 lid 1). Met de commissie erfrecht meen ik dat de eis van persoonlijke aanvaarding door de begiftigde niet gesteld behoeft te worden. Er is geen reden om van de begiftigde te verlangen dat hij slechts persoonlijk de hem aangeboden schenking zal kunnen aanvaarden. Een eventuele volmacht tot aanvaarding behoeft niet bij notariële akte te zijn verleend.

Ten aanzien van de schenking bij dode van bepaalde tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken ligt het inderdaad voor de hand dat de overeenkomst door de schenker eigenhandig moet worden geschreven, zoals ook het codicil door de erflater eigenhandig dient te worden geschreven (artikel 4.3.5.7). Het verdient de voorkeur om dit ook in de tekst van artikel 7.3.3 tot uitdrukking te brengen. Een daartoe strekkende wijziging wordt bij de tweede nota van wijziging voorgesteld. Daarmee zullen met betrekking tot de hierbedoelde zaken dezelfde vormvereisten gelden voor de legatering en de schenking bij dode. Daardoor verliest in voorkomende gevallen de vraag welk van beide rechtshandelingen beoogd is, aan belang. Tevens wordt het daardoor eenvoudiger om, bijvoorbeeld in het geval dat op een schenkingsovereenkomst als hierbedoeld de handtekening van de begiftigde ontbreekt, deze te converteren naar een codicil (artikel 3:42 BW).

De nieuwe regels met betrekking tot de vormvereisten bij schenkingen laten inderdaad, zo bevestig ik de commissie, onverlet de vormvereisten bij levering, zoals die welke gelden voor de levering van registergoederen of aandelen op naam in een naamloze vennootschap of besloten vennootschap.

Bij de commissie is de vraag gerezen of het in artikel 7.3.3 gebezigde begrip «strekking», te weten dat de schenking pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, niet te vaag zal blijken. Voorts is gevraagd wat het gevolg is van een niet uitgevoerde schenking – anders dan bij notariële akte – indien zij die strekking ontbeert. In dat geval,

wanneer er derhalve sprake is van een «gewone» schenking, zal deze, wanneer zij nog niet is uitgevoerd op het tijdstip van overlijden van de schenker, niet ingevolge artikel 7.3.3 lid 1 kunnen vervallen. De begiftigde zal dan derhalve onverkorte uitvoering van de schenking door de erfgenamen kunnen verlangen, ongeacht of van de schenking al dan niet een notariële akte is opgemaakt. De vaststelling of er in een concreet geval sprake is van een schenking met de bedoelde strekking, dient te geschieden door uitlegging van de schenkingsovereenkomst. Voor de uitleg van schenkingsovereenkomsten gelden dezelfde maatstaven als voor de uitleg van andere overeenkomsten. Ook hier geldt op grond van de zogenoemde Haviltex-formule (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) dat een zuiver taalkundige uitleg niet volstaat, doch dat het tevens aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. In het geval van een schenking met de strekking dat zij na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, zal deze in veel gevallen kunnen worden vastgesteld aan de hand van hetgeen in de overeenkomst is bepaald ten aanzien van de uitvoering van de schenking. Is deze voorzien op een tijdstip na het overlijden van de schenker, dan is de hierbedoelde strekking daarmee gegeven. Voorts doet de notaris die de overeenkomst vastlegt er goed aan de strekking van de schenking met zoveel woorden in de overeenkomst tot uitdrukking te brengen met het oog op de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Is een concreet tijdstip voor de uitvoering van de schenking aangewezen, waarvan bij voorbaat niet kan worden aangenomen dat de schenker op dat tijdstip zal zijn overleden, dan zal daaruit kunnen worden afgeleid dat de schenking niet de in artikel 7.3.3 bedoelde strekking heeft. Het feit dat een schenking op het tijdstip van overlijden van de schenker nog niet is uitgevoerd, levert in elk geval onvoldoende grond op om aan te nemen dat het gaat om een schenking met de strekking dat zij pas na het overlijden van de schenker wordt uitgevoerd. Evenmin valt een schenking waarbij bepaald is dat uitvoering zal plaatsvinden door onmiddellijke levering van het geschonkene onder voorbehoud van een recht van vruchtgebruik op het geschonkene tot aan het overlijden van de schenker, daardoor te beschouwen als een schenking met de strekking als bedoeld in artikel 7.3.3. Dit blijkt ook hieruit dat in artikel 4.3.3.4a lid 2 voor dit laatste type handelingen («giften waarbij de erflater zich het genot van het geschonkene gedurende zijn leven heeft voorbehouden, en andere giften van een voordeel bestemd op pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten») een bijzondere regeling is gegeven, welke op schenkingen in de zin van artikel 7.3.3 niet van toepassing is (artikel 4.4.2.7b lid 1). Gelet op het voorgaande meen ik dat de in artikel 7.3.3 lid 1 omschreven strekking aan de praktijk voldoende houvast biedt om de voor de toepassing van het erfrecht van belang zijnde schenkingen ter zake des doods te onderscheiden.

Het vervallen van de niet bij notariële akte aangegane schenking bij dode houdt in dat de schenking – die tijdens het leven van de schenker weliswaar geldig is maar niet opeisbaar – op het tijdstip van overlijden van de schenker *ex nunc* teniet gaat. Met de commissie stem ik in dat de vergelijking met de natuurlijke verbintenis niet opgaat, vooral omdat bij de natuurlijke verbintenis de afdwingbaarheid als zodanig door de wet wordt beperkt (artikel 6:3 lid 1 BW). Zo zal bijvoorbeeld conservatoir beslag ter verzekering van de nakoming van een natuurlijke verbintenis nimmer mogelijk zijn, terwijl beslag niet per definitie uitgesloten is voor een verbintenis die pas bij het overlijden van de schuldenaar opeisbaar zal worden. De vraag of een natuurlijke verbintenis, hoewel zij niet afdwingbaar is, niettemin opeisbaar kan zijn lijkt overigens door de Hoge Raad in ontkennende zin te zijn beantwoord (HR 31 januari 1992, NJ 1992, 686).

Schenking aan vertrouwenspersonen

De commissie vraagt waarom in de regeling van artikel 7.3.4 betreffende vernietiging van schenkingen aan bepaalde vertrouwenspersonen niet is gekozen voor toepasselijkheid van artikel 4.3.2.6 leden 1 en 2. De reden daarvoor is dat de regeling ten aanzien van schenkingen een ruimer toepassingsbereik heeft dan de vergelijkbare regeling in het erfrecht. Zowel in titel 7.3 als in Boek 4 worden beperkingen gesteld aan de mogelijkheid van bevoordeling van personen die een bepaalde vertrouwenspositie ten opzichte van de schenker of testateur innemen. Overschrijding van deze beperkingen leidt zowel in het schenkingsrecht als in het erfrecht tot vernietigbaarheid van de bevoordeling (zie de artikelen 7.3.4 leden 1 en 2 en artikel 4.3.2.8 lid 1). Een belangrijk verschil is dat uiterste wilsbeschikkingen steeds door de testateur kunnen worden herroepen, terwijl dit bij schenkingsovereenkomsten uiteraard niet het geval is. Om die reden kan de regeling in het erfrecht, anders dan bij de schenking, beperkt blijven tot bevoordelingen gedurende de ziekte waaraan de erflater is overleden, waarbij de testateur veelal immers geen gelegenheid meer heeft gehad in onafhankelijkheid de herroeping van de beschikking te overwegen. Ingevolge artikel 7.3.4 kan de schenker ook overgaan tot vernietiging van schenkingen, gedaan tijdens een eerdere ziekte.

De vraag van de commissie geeft wel aanleiding in de regeling van artikel 7.3.4 nauwer aansluiting bij het erfrecht te zoeken ten aanzien van de kring van personen die de vernietigingsgrond kunnen inroepen en de daaraan verbonden gevolgen. Vernietiging van een uiterste wilsbeschikking op de voet van artikel 4.3.2.8 lid 1 kan plaatsvinden door een ieder die door de beschikking nadeel lijdt. Dat kan derhalve ook een legataris zijn die nadeel ondervindt van een legaat aan een vertrouwenspersoon, doordat deze aanleiding geeft tot inkorting van het aan hemzelf gemaakte legaat. De vernietigingsbevoegdheid van artikel 7.3.4 komt slechts toe aan de schenker zelf alsmede, na zijn overlijden, aan zijn erfgenamen (artikel 6:249 BW). Met dit verschil hangt samen dat de vernietiging van een uiterste wilsbeschikking door een benadeelde relatieve werking heeft: zij vindt slechts plaats voor zover nodig om het nadeel van de betrokkene op te heffen (artikel 4.3.2.8 lid 1, tweede zin). Door vernietiging van een schenking op de voet van artikel 7.3.4 door de schenker of zijn erfgenamen gaat deze geheel teniet. Een nadere afstemming tussen beide regelingen acht ik bij nadere overweging op zijn plaats, aangezien het voor de nabestaanden geen wezenlijk verschil uitmaakt of een vertrouwenspersoon is bevoordeeld door een schenking of door een uiterste wilsbeschikking. Om die reden wordt bij de tweede nota van wijziging voorgesteld na het overlijden van de schenker vernietiging op de voet van artikel 7.3.4 mede mogelijk te maken voor andere benadeelden dan de erfgenamen, alsmede om aan deze vernietiging, evenals in artikel 4.3.2.8 lid 1, relatieve werking toe te kennen. Deze vernietigingsmogelijkheid kan ook benut worden door een afzonderlijke erfgenaam die zijn mede-erfgenamen niet bereid vindt in te stemmen met vernietiging door de gezamenlijke erfgenamen. De bevoegdheid tot vernietiging dient op hetzelfde tijdstip te verjaren als wanneer het geen schenking maar een uiterste wilsbeschikking zou hebben betroffen: daartoe wordt artikel 4.3.1.13a van overeenkomstige toepassing verklaard. Ter bescherming van de begiftigde wordt daaraan toegevoegd dat de vernietigingsmogelijkheid in ieder geval verjaart op het tijdstip dat de mogelijkheid tot vernietiging voor de schenker zelf zou zijn verjaard (artikel 7.3.4 lid 5, tweede zin).

De commissie vraagt wat de mening van de regering is over de vraag van de Commissie Erfrecht van de KNB of ook de zogeheten «thuiszorg» onder artikel 7.3.4 is begrepen, en over het voorstel van de Commissie Erfrecht om bij het bepalen van wie onder artikel 7.3.4 valt, aan te knopen

bij de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Op deze vragen ga ik als volgt in. Thuiszorg omvat, naar de omschrijving in artikel 15 van het Besluit zorgaanspraken bijzondere ziektekostenverzekering (Stb. 1997, 530), een breed scala aan door een instelling geboden zorgactiviteiten, variërend van verpleging, verzorging, begeleiding en voorlichting tot hulp van huishoudelijke, persoonlijke of begeleidende aard in bepaalde omstandigheden. Voor zover deze zorg wordt geboden door een beroepsbeoefenaar op het gebied van de individuele gezondheidszorg in de zin van de Wet BIG, waarbij met name gedacht kan worden aan een verpleegkundige, is artikel 7.3.4 onverkort van toepassing. Het begrip beroepsbeoefenaar op het gebied van de individuele gezondheidszorg in de artikelen 7.3.4 en 4.3.2.6 verwijst immers rechtstreeks naar de Wet BIG (zie kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 29, blz. 3). Voor een veel bredere regeling, waarbij ook allerlei andere activiteiten van hulp, verzorging en begeleiding onder artikel 7.3.4 gebracht zou worden, bestaat naar mijn oordeel – nog afgezien van de moeilijkheid om een voldoende houvast gevende omschrijving te geven – onvoldoende grond. Aan te nemen valt dat de typische vertrouwenspositie die veelal wordt ingenomen door degene die medische – inclusief verpleegkundige -of geestelijke bijstand verleent, in het algemeen niet of in mindere mate wordt verkregen door het verrichten deze andere zorgactiviteiten. Voorts kan er bij deze zorgactiviteiten weliswaar een zeker gevoel van afhankelijkheid ontstaan bij degene die de zorg ontvangt, doch deze onderscheidt zich niet wezenlijk van die ten opzichte van andere personen van wie de zieke hulp, verzorging of begeleiding ontvangt. Ten aanzien van schenkingen aan al deze personen is naar mijn oordeel de aanvullende bescherming tegen misbruik van omstandigheden die de schenker in artikel 7.3.2 geboden wordt, voldoende te achten.

De commissie vraagt vervolgens of de regeling van artikel 7.3.4 niet moet worden verbreed teneinde ook andere personen in de gezondheidszorg, zoals degene die in een verzorgingstehuis de financiën van de inwoners verzorgt, in verband met de vertrouwenspositie die zij genieten daaronder te doen vallen. Dienaangaande wijs ik erop dat het tweede lid van artikel 7.3.4 op dit punt reeds in een aanvullende bescherming voorziet. Als de schenker in een verzorgingstehuis verblijft, kunnen schenkingen aan personen die aldaar werkzaam zijn op grond van die bepaling door de schenker of zijn erfgenamen worden vernietigd.

Herroeping van een schenking

De commissie wijst er terecht op dat artikel 7.3.5 lid 1 afwijkt van artikel 6:222 BW, in die zin dat een herroepelijk schenkingsaanbod door het overlijden van de aanbieder komt te vervallen, tenzij uit het aanbod het tegendeel voortvloeit. Ter vermijding van misverstand zij erop gewezen dat artikel 7.3.5 lid 1 toepassing kan vinden bij elk schenkingsaanbod en zijn werking dus niet beperkt is tot het schenkingsaanbod bij dode. Juist voor het aanbod tot het aangaan van een schenking bij dode moet bedacht worden dat dit na het overlijden van de schenker niet meer zal kunnen worden aanvaard. Artikel 7.3.3 lid 1 eist immers dat de schenking door de schenker persoonlijk is aangegaan, hetgeen meebrengt dat aanvaarding jegens de erfgenamen niet volstaat.

Vervolgens gaat de commissie in op het vervallen van de regel dat slechts onherroepelijke schenkingen mogelijk zijn, welk vervallen tot uitdrukking komt in artikel 7.3.3 lid 2. Deze wijziging is, zoals de commissie memoreert, overgenomen uit het in 1972 gepubliceerde voorontwerp van Wiersma. Graag zou de commissie nog eens vernemen welke redenen de regering heeft om aldus de schenking onder een voorwaarde waarvan de vervulling afhangt van de wil van de schenker (een potestatieve voor-

waarde), toe te laten. De belangrijkste reden hiervoor is gelegen in de omstandigheid dat potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht in beginsel steeds mogelijk zijn, tenzij in de vorm van een verbintenis die wordt aangegaan onder de opschortende voorwaarde dat de schuldenaar zulks zal willen (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 146–147). Onder het oude recht was dit niet anders. Het aangaan van een verplichting tot periodieke uitkeringen onder de ontbindende voorwaarde van opzegging door de schuldenaar is door de Hoge Raad geldig geacht, mede omdat de schuldenaar bij de uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid gebonden was aan de maatstaven van (toen) de goede trouw (HR 16 november 1949, NJ 1950, 73; vergelijk ook HR 28 mei 1952, NJ 1953, 394). Ten aanzien van giften bij huwelijksvoorwaarden bepaalt artikel 1:146 lid 5 BW dat daaraan een voorwaarde kan worden verbonden welke uitvoering afhangt van de wil van de schenker. Ook voor het thans geldende schenkingsrecht wordt uit de eis van onherroepelijkheid, hoewel daarover verschillende meningen bestaan, doorgaans niet afgeleid dat daarmee alle potestatieve voorwaarden verboden zijn (Asser-Kleijn, nr. 212, Pitlo-Croes e.a., blz. 69). Voor schenkingen bestaat daarmee voor een bijzondere regel op dit punt geen goede grond meer. Uit het voorbeeld van een onverplicht aangegane verplichting tot periodieke uitkeringen blijkt dat een beëindigingsrecht bij schenkingen ook daadwerkelijk van nut kan zijn. Ook Vegter meent dat de herroepelijke schenking onder omstandigheden in een duidelijke behoefte kan voorzien (WPNR 99/6373, blz. 728), terwijl ook Verstappen zich in positieve zin uitlaat (Handboek Nieuw Erfrecht, 2e druk, blz. 513). Overigens zal een mogelijkheid van herroeping slechts bestaan als deze tussen schenker en begiftigde is overeengekomen. Verwacht mag worden dat van een herroepingsmogelijkheid slechts met terughoudendheid gebruik zal worden gemaakt, reeds omdat schenkers hun vrijgevigheid in beginsel niet nodeloos met mitsen en maren zullen willen omkleden.

Op de vragen in het verslag over het geval waarin de vervulling van een ontbindende voorwaarde plaatsvindt, nadat een geschonken zaak door de begiftigde is vervreemd, ga ik als volgt in.

- a. De commissie stelt terecht voorop dat het intreden van een ontbindende voorwaarde er toe leidt dat de eigendom van het geschonkene van rechtswege *ex nunc* teruggaat naar de schenker. Dit vloeit voort uit artikel 6:22 BW in verbinding met artikel 3:84 lid 4 BW. Aantekening verdient wel dat partijen van laatstgenoemde bepaling kunnen afwijken, in die zin dat uit hoofde van een voorwaardelijke verbintenis een levering plaatsvindt waarbij de vervulling van de voorwaarde in plaats van goederenrechtelijke werking tot gevolg heeft dat het geschonkene op de voet van artikel 6:24 lid 1 BW dient te worden teruggeleverd (vgl. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 176). Heeft wel een levering plaatsgevonden waarbij de begiftigde slechts een voorwaardelijk recht heeft verworven, dan worden derden te goeder trouw beschermd tegen diens daaruit resulterende beschikkingsonbevoegdheid, hetzij ingevolge artikel 3:86 BW of artikel 3:238 (roerende zaken, niet-registergoederen, en rechten aan order of toonder), hetzij ingevolge artikel 3:88 BW (andere goederen). Wanneer het bij registergoederen uit de openbare registers niet kenbaar is dat geleverd is uit hoofde van een voorwaardelijke verbintenis, zullen derden te goeder trouw derhalve beschermd zijn (zie Parl. Gesch. Boek 3, blz. 318). Hetgeen hier voor schenkingen geldt, ligt uiteraard niet anders bij andere titels voor overdracht. Ook om die reden meen ik niet dat de positie van derden ertoe noopt om de goederenrechtelijke gevolgen van een levering ingevolge een herroepelijke schenking aldus te wijzigen dat de schenker de eigendom van het geschonkene eerst herkrijgt door teruglevering.
De commissie acht een bijkomend argument voor het eerst doen

intreden van goederenrechtelijke gevolgen aan de vervulling van een ontbindende voorwaarde gelegen in de bewijsrechtelijke positie van degene die zijn rechten wil verwezenlijken, in het bijzonder in die gevallen waarin sprake is van een schenking *brevi manu* onder ontbindende voorwaarde. Kennelijk doelt de commissie hier op de positie van derden die een aanspraak tot levering hebben verkregen ten aanzien van een goed dat onder ontbindende voorwaarde is geschonken, bijvoorbeeld omdat zij het goed van de begiftigde hebben gekocht. Voor de vraag of een derde zijn recht op levering kan afdwingen is, uiteraard, beslissend of de begiftigde (nog) rechthebbende op het goed is. Voor een derde zal inderdaad – overigens ongeacht welke vorm van levering ter uitvoering van de schenking heeft plaatsgevonden – niet steeds duidelijk zijn of de begiftigde nog rechthebbende is. Als het goed immers door het vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde weer toekomt aan de schenker, zal de derde daarmee veelal niet bekend zijn. Doet men nu, zoals de commissie voorstelt, de goederenrechtelijke gevolgen van een ontbindende voorwaarde eerst intreden wanneer teruglevering heeft plaatsgevonden, dan is dat gunstig voor de derde, omdat hij dan, als degene met het oudste recht op levering, tot dat tijdstip in beginsel voorgaat boven de schenker (artikel 3:298 BW). Het recht van de derde op levering van het gekochte is immers ouder dan het recht op teruglevering van de schenker, dat pas bij de vervulling van de ontbindende voorwaarde ontstaat. Een zo verstrekkende derdenbescherming zou echter een vreemde eend vormen in ons vermogensrecht. Voor de algemene bescherming van de artikelen 3:86 BW en 3:238 BW voor derden die vertrouwen op de beschikkingsbevoegdheid van hun wederpartij, is immers geen plaats voordat levering aan de derde heeft plaatsgevonden, dan wel het pandrecht is gevestigd. Onder die algemene derdenbescherming valt ook de derde wiens wederpartij het betrokken goed uit een schenking heeft verkregen. Er bestaat naar mijn oordeel onvoldoende grond om specifiek voor deze categorie een verdergaande bescherming te creëren.

- b. De vraag naar de aanspraken van de begiftigde jegens de schenker in het geval dat het geschonkene door de begiftigde op eigen kosten is verbeterd of uitgebreid en nadien door het vervuld worden van een ontbindende voorwaarde naar de schenker teruggaat, dient te worden beantwoord aan de hand van de artikelen 3:120 en 6:24 lid 2 BW. Uit deze bepalingen vloeit voort dat degene die een goed heeft ontvangen uit hoofde van een nadien herroepen schenking, recht heeft op vergoeding van alle ten behoeve van het goed gemaakte kosten, waaronder – zoals blijkt uit artikel 3:123 BW – mede zijn te begrijpen de kosten van veranderingen of toevoegingen.
- c. Tot het tijdstip van vervulling van de ontbindende voorwaarde is de begiftigde bezitter. Vanaf dat tijdstip hangt het van de omstandigheden af of de begiftigde als bezitter dan wel als houder moet worden gekarakteriseerd (zie Parl. Gesch. Boek 6, blz. 1216). Voor schade waarvoor de bezitter uit hoofde van de artikelen 6:173 BW (gebrekkige roerende zaken), artikel 6:174 BW (opstallen) en artikel 6:179 BW (dieren) aansprakelijk is, is uitsluitende de begiftigde jegens de gelaedeerde aansprakelijk. Daarin komt geen verandering door de vervulling van de voorwaarde. Wel heeft de begiftigde dan jegens de schenker in beginsel recht op vergoeding voor hetgeen hij aan de gelaedeerde schuldig is geworden (artikel 3:120 lid 2, eerste zin, BW).

Met het begrip fideïcommissaire schenkingen wordt bedoeld op schenkingen waarbij het geschonkene onder ontbindende voorwaarde toekomt aan de eerste begiftigde en krachtens daarop aansluitende opschortende

voorwaarde aan een tweede begiftigde. De mogelijkheid van deze schenkingen kan worden afgeleid uit artikel 3:38 lid 1 BW, volgens welke bepaling rechtshandelingen steeds onder een tijdsbepaling of een voorwaarde kunnen worden verricht, tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit. In artikel 7.3.6 lid 2 wordt voor deze schenkingen, zoals in artikel 4.3.2.2 voor makingen, een verruiming aangebracht op de in lid 1 gestelde «bestaanseis». In lid 3 van artikel 7.3.6 wordt een aantal bepalingen uit Boek 4 van overeenkomstige toepassing verklaard op schenkingen als bedoeld in lid 2. Het betoog van Vegter heeft mij ervan overtuigd dat een wat minder impliciete erkenning van de fideïcommissaire schenking de voorkeur verdient. In verband daarmee is in de tweede nota van wijziging een nieuwe bepaling voorgesteld (artikel 7.3.5a).

Vernietigingsgronden

Het is verheugend dat commissie het eens is met de – al lang verwachte – schrapping van het schenkingsverbod tussen echtgenoten (artikel 7A:1715 BW).

De commissie vraagt zich af wat er de grond van is dat de terminologie van artikel 7.3.10 niet onaanzienlijk afwijkt van die van artikel 4.1.3 betreffende de onwaardigheid om uit een nalatenschap voordeel te trekken. Deze verschillen tussen beide regelingen houden vooral verband met de omstandigheid dat onwaardigheid in het erfrecht veelal pas aan de orde zal komen na het overlijden van de erflater, terwijl artikel 7.3.10 in de meeste gevallen toepassing zal kunnen vinden tijdens het leven van de schenker. Omdat in de gevallen van onwaardigheid de erflater zelf veelal niet meer aanwezig is om zijn houding te bepalen naar aanleiding van hetgeen de onwaardige persoon heeft gedaan of nagelaten, dienen de gronden voor onwaardigheid met grote nauwkeurigheid in de wet te worden omschreven. Juist door het feit dat in het geval van een schenking de schenker zelf tegen de begiftigde kan optreden, kan worden volstaan met een enigszins globalere omschrijving van de gronden voor vernietiging in vergelijking met de onwaardigheidsgronden. Daarbij dient bedacht te worden dat de vraag of een van deze gronden zich voordoet, zo nodig kan worden uitgemaakt in een procedure tussen de partijen bij de schenking. Bij onwaardigheid in het erfrecht wordt in verband met de rechtszekerheid bij de gronden die verband houden met strafrechtelijk relevante gedragingen (artikel 4.1.3 lid 1, onder a en b) een onherroepelijke strafrechtelijk veroordeling verlangd. Bij de schenking zou het stellen van deze eis de schenker nodeloos belemmeren in zijn mogelijkheden om op kwalijke gedragingen van de begiftigde op passende wijze te reageren. In dit verband is van belang dat artikel 7.3.11 lid 2 voor het geval dat niet de schenker maar zijn erfgenamen tot vernietiging willen overgaan een tweetal beperkingen gesteld. In de eerste plaats is dan voor vernietiging een vonnis nodig (vergelijk artikel 3:51 BW), zodat niet met een buitengerechtelijke vernietiging kan worden volstaan. Hierdoor wordt de rechtszekerheid gediend. Voorts wordt vernietiging op de gronden van artikel 7.3.10 lid 1, onder b en c, beperkt tot de gevallen waarin de erflater zelf de vernietiging niet meer kan effectueren, doordat de feiten die grond voor vernietiging opleveren zijn overlijden hebben veroorzaakt.

Met het «opzettelijk» plegen van een misdrijf in artikel 7.3.10 lid 1, onder b, wordt niet de eis gesteld dat de opzettelijkheid een element vormt van de delictsomschrijving. Waar het om gaat is dat de begiftigde zich opzettelijk schuldig maakt aan een misdrijf jegens de schenker of zijn naaste betrekkingen. Wel zal in de regel de opzettelijkheid inderdaad mede deel uitmaken van de delictsomschrijving, nu een culpoos delict dat opzettelijk wordt begaan in veel gevallen ook een opzet-delict oplevert. Zo zal degene die schuldig is aan dood door schuld of zwaar lichamelijk letsel

door schuld (artikelen 307 en 308 WvSr), wanneer zijn opzet komt vast te staan, vervolgd kunnen worden voor zware mishandeling of doodslag (artikelen 302 en 287 WvSr).

De vaststelling dat een misdrijf is gepleegd zal in eerste instantie overgelaten worden aan partijen: in een contractuele verhouding is het immers in beginsel aan partijen zelf om hun onderlinge rechtsverhouding te bepalen. Wanneer daarover tussen partijen geen onduidelijkheid bestaat, zou het onwenselijk zijn om de mogelijkheid van vernietiging van de schenking afhankelijk te maken van een rechterlijke vaststelling van het misdrijf. Niet altijd zal de schenker zo ver willen gaan dat hij aangifte doet tegen de begiftigde, terwijl hij van het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging (artikel 3:51 BW) door de daaraan verbonden kosten en moeite kan worden afgehouden. Worden partijen het niet eens, dan kan de schenker door het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging alsnog het oordeel van de rechter inroepen.

De commissie stelt vervolgens aan de orde hoe artikel 7.3.10 moet worden uitgelegd als de vaststaande feiten wel beantwoorden aan een delictsomschrijving, maar de dader niet strafbaar is, althans zou zijn geweest op grond van bijvoorbeeld de artikelen 39 tot en met 43 WvSr. In de hier voor het civiele recht afzonderlijk gestelde voorwaarde dat de begiftigde «opzettelijk» een misdrijf heeft gepleegd, ligt besloten dat aan de begiftigde van het misdrijf een verwijt kan worden gemaakt. Daarvan kan niet gesproken worden in gevallen waarin de begiftigde heeft gehandeld uit overmacht, uit noodweer of onder andere omstandigheden als bedoeld in de artikelen 39 tot en met 43 WvSr. In die gevallen kan daarom op artikel 7.3.10 geen beroep worden gedaan.

Tot de naaste betrekkingen in artikel 7.3.10 lid 1, onder b, zijn allereerst te rekenen zijn echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel van de schenker, alsmede (andere) personen tot wie de schenker in een verhouding staat die te beschouwen valt als «family life» in de zin van artikel 8 EVRM. Daaronder zullen de gezinsleden van de schenker vallen, alsmede naaste familieleden als ouders, kinderen, broers en zusters van de schenker. Het zal aan de rechter zijn om hier de grenzen te bepalen. Juist acht ik de suggestie van de commissie dat het begrip «naaste betrekkingen» niet noodzakelijk samenvalt met het begrip «nagelaten betrekkingen» van artikel 7:674 BW, dat betrekking heeft op de vraag welke persoon of personen gerechtigd zijn tot het ontvangen van een uitkering door de werkgever van de erflater.

De commissie meent dat artikel 7.3.10 tot praktische problemen in het rechtsverkeer aanleiding kan geven, bijvoorbeeld in het geval van schenking van registergoederen, in verband met de terugwerkende kracht die in beginsel aan de vernietiging is verbonden (artikel 3:53 leden 1 en 2 BW). Hierbij zou ik willen opmerken dat het rechtsverkeer in het geval van vernietiging niet in het gedrang hoeft te komen, aangezien door derden te goeder trouw verkregen rechten op het geschonken goed ingevolge de artikelen 3:86 en 3:88 BW worden geëerbiedigd. Hoefde een derde redelijkerwijze geen rekening te houden met de aanwezigheid van een vernietigingsgrond als bedoeld in artikel 7.3.10, dan zal een overdracht aan de derde derhalve onaantastbaar kunnen plaatsvinden. Zou zich al een geval kunnen voordoen dat de belangen van het rechtsverkeer door de terugwerkende kracht in de knel raken, dan kan de rechter de terugwerkende kracht op de voet van artikel 3:53 lid 2 beperken. Voor een aanvullende regeling, inhoudende dat de vernietiging in het algemeen geen terugwerkende kracht zal hebben doch de rechthebbende verplicht is tot teruglevering, zie ik daarom geen grond. Bovendien zou een dergelijke regeling te zeer afwijken van hetgeen thans reeds geldt bij vernietiging

wegens dwaling of andere wilsgebreken, van welke regels niet is gebleken dat deze in de praktijk tot bezwaren aanleiding geven. Nu artikel 7.3.10 lid 1 aansluit bij de algemene regels van vernietigbaarheid, bestaat er naar mijn oordeel geen reden om hier een verplichting tot vergoeding van de waarde te creëren. Voldoende is dat de rechter in voorkomende gevallen op de voet van artikel 3:53 lid 2 aan de vernietiging haar werking geheel kan ontzeggen onder oplegging aan de begiftigde van een verplichting tot vergoeding van de waarde. Een aparte regeling naar analogie van artikel 3:54 lid 2 is daarvoor niet nodig.

De regering deelt niet de bezorgdheid van de Commissie Erfrecht van de KNB dat artikel 7.3.11 lid 1 rechtsonzekerheid tot gevolg zou hebben. Op zichzelf is het juist dat een grond voor vernietiging van een schenking zich soms pas geruime tijd na de schenking zal voordoen. Voorts zou het in bepaalde gevallen inderdaad geruime tijd kunnen duren voordat de schenker op de hoogte raakt van de vernietigingsgrond, al zal zich dat in het geval van verzuim van onderhoudsplicht jegens de schenker (lid 1, onder c) eigenlijk nooit, en in het geval van een misdrijf tegen de erflater of zijn naaste betrekkingen (lid 1 onder b) hooguit zelden voordoen. Niettemin behoeft voor rechtsonzekerheid niet te worden gevreesd. De begiftigde heeft immers te allen tijde de zekerheid dat vernietiging van de schenking niet mogelijk is zolang hij zich onthoudt van handelingen of verzuimen als bedoeld in artikel 7.3.10 lid 1. Verder kan de begiftigde, wanneer zich een omstandigheid heeft voorgedaan die mogelijk aanleiding kan geven tot vernietiging, omtrent de vernietiging zekerheid verkrijgen door de schenker te vragen zich daarover uit te spreken (artikel 3:55 lid 2 BW). Tenslotte wijs ik erop dat ondanks een vernietiging op de voet van artikel 7.3.10 de begiftigde op grond van verkrijgende verjaring zijn recht op het geschonkene behoudt, indien hij inmiddels gedurende drie dan wel tien jaren bezitter te goeder trouw is geweest (artikel 3:99 lid 1 BW). Wel zal de schenker in zo'n geval tegen de begiftigde een vordering kunnen instellen wegens onverschuldigde betaling.

Met de commissie stem ik in dat in artikel 7.3.11 lid 2 het woord «vonnis» niet op zijn plaats is. Waar het hier gaat om een bijzondere toepassing van artikel 3:51 lid 1 BW, kan ook hier beter gesproken worden van: rechterlijke uitspraak. Anders dan in de regeling van onwaardigheid (artikel 4.1.3 lid 1) is toevoeging van het woord «onherroepelijke» niet nodig. In artikel 4.1.3 lid 1 is sprake van onherroepelijke veroordeling om, duidelijkheids halve, tot uitdrukking te brengen dat een strafrechtelijke veroordeling die in hoger beroep ongedaan wordt gemaakt, niet tot onwaardigheid leidt (kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 27, blz. 19, nr. 29, blz. 2). In artikel 7.3.11 lid 2, dat ziet op vernietiging door de civiele rechter, kan beter worden aangesloten bij de formulering van artikel 3:51 lid 1 BW. Dat neemt natuurlijk niet weg dat wanneer een rechterlijke uitspraak tot vernietiging van een schenking in hoger beroep geen stand houdt, daarmee ook de schenking alsnog in stand blijft.

Schenking en bewind

Met instemming constateert de commissie dat artikel 7.3.8 lid 1 wordt aangepast aan het vervallen van artikel 3.1.1.11 (algemeenheid van goederen). Nu de wet nog wel een aantal van de in artikel 3.1.1.11 tot algemeenheid van goederen bestempelde gemeenschappen kent, wil de commissie weten of het vereiste van de notariële akte niet toch zou moeten blijven gelden voor de instelling van een bewind over een bijzondere gemeenschap als bedoeld in afdeling 3.7.2 BW. Indertijd is voor de vestiging van een bewind over een algemeenheid van goederen de eis van een notariële akte gesteld, uitsluitend omdat van een zodanige algemeenheid van goederen ook na de instelling van het bewind nog register-

goederen deel kunnen gaan uitmaken (kamerstukken II 1976/77, 3770, nr. 11, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 556). Echter, ook buiten het geval van een algemeenheid van goederen kan het zich, ten gevolge van zaaksvervanging (artikel 4.4.7.1a), voordoen dat na de instelling van een bewind een registergoed daaronder pas op een later tijdstip zal vallen. In beide gevallen zal het bewind ingevolge artikel 4.4.7.1f lid 2, onder a, door de bewindvoerder moeten worden ingeschreven in de openbare registers, zodra na de instelling van het bewind daaronder alsnog een registergoed deel gaat vallen. Voor het daarnaast stellen van de eis van een notariële akte als het bewind een algemeenheid van goederen, of een daarmee gelijk te stellen gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.2, betreft, bestaat naar mijn oordeel onvoldoende grond.

Vervolgens vraagt de commissie om een reactie van de regering op enige opmerkingen van Van Mourik over artikel 7.3.8 lid 1. Hij constateert, terecht, dat de tweede zin meebrengt dat indien een schenkingsbewind betrekking heeft op een registergoed, het aanbod tot de schenking moet worden gedaan bij notariële akte. Dit voorschrift is in het wetsvoorstel opgenomen in verband met het nimmer wet geworden artikel 3.6.2.4, dat voor bepaalde gevallen van bewind een notariële akte voorschreef. Van Mourik acht de tekst van artikel 7.3.8 lid 1 voor verbetering vatbaar, nu van een «instelling» van het bewind geen sprake is indien een aanbod tot schenking mede inhoudt dat op het geschonkene een bewind zal rusten. Inderdaad gaat het in artikel 7.3.8 lid 1 niet om de instelling van een bewind. Noch bij een schenkingsbewind, nog bij een testamentair bewind, kent de wet een afzonderlijke – goederenrechtelijke – instellingshandeling, vergelijkbaar met de goederenrechtelijke levering van een goed of vestiging van een beperkt recht daarop, ter uitvoering van de schenking of uiterste wilsbeschikking waarin is bepaald dat het geschonkene of vermaakte onder bewind zal staan. Het bewind gaat van rechtswege in op het tijdstip dat de begiftigde, erfgenaam of legataris de betrokken goederen verkrijgt. In artikel 3.6.2.4 lid 1, dat wel over de instelling van een bewind spreekt, ging het om een bewind door de rechthebbende over goederen die hem ook na het bewind zouden blijven toebehoren. De eis van een notariële akte werd hier gesteld in verband met het feit dat het bewind een last legt op de onder bewind gestelde goederen, vergelijkbaar met een beperkt recht daarop. Omdat voor vestiging van beperkte rechten op een registergoed een notariële akte is vereist (artikel 3:89 lid 1 jo. artikel 3:98 BW), werd het voor de hand liggend geacht ook voor de onderbewindstelling van een registergoed een zodanige akte te eisen, zoals ook ingevolge artikel 3.6.1.4 lid 2 de bewindvoerder in beginsel verplicht zou zijn om een bewind over een registergoed in de openbare registers in te schrijven (kamerstukken II 1976/77, 3770, nr. 11, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 556). Deze eis van instelling bij notariële akte in het geval van een bewind over de eigen goederen van de rechthebbende, heeft derhalve een vergelijkbare functie als de notariële vestigingsakte bij beperkte rechten op registergoederen. Nu een schenkingsbewind met betrekking tot registergoederen per definitie komt te rusten op goederen die ter uitvoering van de schenking aan de begiftigde worden geleverd, zal reeds om die reden steeds een notariële (leverings)akte nodig zijn. Het is daarom, bij nadere overweging, niet nodig om daarnaast de eis te stellen dat ook van het schenkingsaanbod een notariële akte wordt opgemaakt. De tweede zin van artikel 7.3.8 komt daarom bij de tweede nota van wijziging te vervallen.

Vervolgens komt de door de Commissie Erfrecht van de KNB in dit verband opgeworpen vraag aan de orde of een bewind tot stand kan komen zonder enig schriftelijk stuk. Dat is niet het geval. Een schenkingsbewind kan slechts worden ingesteld indien tenminste het aanbod schriftelijk is gedaan (artikel 7.3.8 lid 1). Zowel met het oog op de gevolgen van

het bewind als met het oog op de handhaving daarvan geldt derhalve wel degelijk het vormvereiste van schriftelijkheid. Het verdient naar mijn oordeel niet de voorkeur om voor de schenking, althans het aanbod daartoe, de verdergaande eis van een notariële akte te stellen. Deze eis wordt ook niet gesteld bij overeenkomsten tot vestiging van beperkte rechten op goederen, zelfs registergoederen, waarmee een bewind over goederen tot op zekere hoogte vergelijkbaar is. Uit bewijsrechtelijk oogpunt kunnen er voordelen verbonden zijn aan de vastlegging van de schenking in een notariële akte; partijen kunnen om die reden uiteraard kiezen voor notariële vastlegging. Deze voordelen acht ik echter niet zodanig klemmend dat partijen in alle gevallen verplicht zouden moeten worden de schenking notarieel te doen vastleggen.

Opmerking verdient voorts dat voor de levering van hetgeen onder het bewind zal vallen de normale voorwaarden gelden voor de levering van het desbetreffende goed. Derhalve is voor registergoederen, zoals reeds aan de orde kwam, een notariële akte vereist, gevolgd door inschrijving in de openbare registers. Uiteraard zal de notaris er zorg voor dragen dat uit de leveringsakte blijkt dat de goederen onder een bewind staan. Voor roerende zaken, niet-registergoederen, geschiedt de levering in beginsel zonder schriftelijke verklaring (artikelen 3:90 lid 1 jo. 3:114 en 3:115 BW). Ook als een dergelijk goed onder een bewind komt te staan, hetzij een schenkingsbewind, hetzij een testamentair bewind over een legaat, en hetzelfde geldt voor goederen die worden verkregen door iemand voor wie een beschermingsbewind is ingesteld in de zin van titel 19 van Boek 1 BW, dan gelden voor de levering geen bijzondere eisen. Het hier stellen van de aanvullende eis van een akte, of zelfs een notariële akte, voor de levering van goederen die onder een schenkingsbewind komen te staan, verdient naar mijn oordeel niet de voorkeur. Niet alleen zou dit een belangrijke afwijking opleveren van hetgeen bij andere bewindsvormen geldt, maar een dergelijk voorschrift zou ook niet vol te houden zijn voor alle goederen die onder het bewind komen te vallen. Immers, bij schenkingsbewind zullen de regels van zaaksvervanging van toepassing zijn (artikel 7.3.8 lid 2 jo. artikel 4.4.7.1a), zodat behalve het geschonkene ook andere goederen, die na de uitvoering van de schenking van derden worden verkregen, onder het bewind kunnen vallen. Het zal duidelijk zijn dat zeker bij dergelijke verkrijgingen, waarbij de derde geheel buiten de schenking staat, de eis van een notariële akte voor de levering niet gesteld kan worden, althans als het niet gaat om registergoederen.

De commissie vraagt vervolgens het oordeel van de regering over suggesties van Vegter over de mogelijkheden tot beëindiging van een schenkingsbewind. Vegter constateert in zijn bijdrage in WPNR 99/6373, blz. 729, dat een belangrijk verschil tussen het schenkingsbewind en het testamentair bewind is dat bij het schenkingsbewind de insteller van het bewind gedurende het bewind nog in leven is. Hij verbindt hieraan het voorstel om nader te onderzoeken of dit feit gevolgen moet hebben voor de beëindigingsregeling van het schenkingbewind. Bij dit onderzoek zou, aldus Vegter, ook de wenselijkheid kunnen worden betrokken van de invoering van een regel dat de schenker kan bepalen dat het bewind gedurende zijn leven blijft bestaan. Op deze suggesties ga ik als volgt in.

Voorop staat dat, blijkens artikel 7.3.8 lid 2, de wettelijke regeling inzake de beëindiging van het testamentair bewind ook in het kader van het schenkingsbewind van toepassing zal zijn. De omstandigheid dat de insteller van het bewind gedurende het bewind nog in leven is, heeft reeds geleid tot een bijzondere beëindigingsgrond: blijkens artikel 7.3.8 lid 2, onder b, eindigt een schenkingsbewind dat in het belang van de begiftigde is ingesteld, ook wanneer de schenker en de begiftigde een gemeenschappelijk besluit tot opheffing schriftelijk ter kennis van de bewind-

voerder brengen. De schenker behoudt hierdoor in beginsel gedurende zijn leven zeggenschap over het al dan niet voortduren van het bewind.

Het bezwaar van Vegter richt zich dan ook, mede blijkens zijn eerdere bijdrage in WPNR 97/6272, blz. 353, waarnaar hij verwijst, tegen het hier toepasselijke artikel 4.4.7.2 lid 2, blijkens hetwelk een uitsluitend in het belang van de begiftigde ingesteld bewind ook door de rechter kan worden opgeheven indien aannemelijk is dat de begiftigde de onder bewind staande goederen zelf op verantwoorde wijze zal kunnen besturen. Dit kan geschieden op verzoek van de bewindvoerder maar ook op verzoek van de begiftigde. In het laatste geval zullen echter vijf jaren moeten zijn verlopen na het tijdstip waarop de schenking is uitgevoerd. Van een garantie dat het bewind in ieder geval gedurende het leven van de schenker blijft bestaan, is derhalve geen sprake.

Aan te nemen is dat Vegter vooral beducht is voor deze beëindigingsgrond op initiatief van de begiftigde. De vraag of een bewind beëindigd moet kunnen worden «indien objectief gezien aan het bewind geen behoefte meer bestaat», zoals bij een bewind dat uitsluitend in het belang en ter bescherming van de rechthebbende is ingesteld terwijl vaststaat dat de rechthebbende inmiddels wel in staat is zelf de goederen op verantwoorde wijze te besturen, is voor het testamentaire bewind reeds eerder beantwoord. Met artikel 4.4.7.2 lid 2 is getracht een weg tot opheffing van het bewind te vinden indien dat, zoals in deze situatie het geval is, geen goede zin meer heeft of zelfs als vexatoir moet worden beschouwd (zie ook kamerstukken II 1991/92, 17 141, nr. 9, blz. 21).

Ik zie geen goede grond om voor het schenkingsbewind anders te oordelen. Ook dan zal een bewind dat in het belang en ter bescherming van de begiftigde is ingesteld, maar waarvoor geen grond meer bestaat omdat de begiftigde inmiddels de hem toebehorende goederen wel op verantwoorde wijze kan besturen, bezwaarlijk kunnen voortduren zonder tevens vexatoir te zijn. Hierbij is het niet van belang dat de schenker gedurende het bewind nog in leven is. Vanzelfsprekend zal deze wel kunnen trachten de rechtbank ervan te overtuigen dat een verantwoord bestuur nog niet mogelijk is, en dus feiten en omstandigheden aanvoeren die naar zijn oordeel zouden moeten leiden tot een voortduren van dit – in wezen – beschermingsbewind. Essentieel – ook voor het beschermingsbewind van titel 1.19 BW – is en blijft echter dat zodanig bewind moet kunnen worden opgeheven als de oorzaken die daartoe aanleiding hebben gegeven niet meer bestaan. Alsdan moet aan de betrokkene, die immers rechthebbende op de goederen is, de volledige en vrije beschikkingmacht (weer) kunnen toekomen. Een andere benadering zou zich ook minder goed verdragen met artikel 1, lid 1, eerste zin, van het Eerste Protocol EVRM, hetwelk – mede blijkens het Marckx-arrest – ook het recht omvat om onder de levenden en ter zake des doods over zijn eigendom te beschikken.

Begunstiging bij sommenverzekering

De toevoeging aan lid 2 van artikel 7.3.12, waarmee de commissie tot mijn genoegen instemt, houdt in dat een handeling als bedoeld in de eerste volzin van lid 2 niet als gift geldt zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken. De vraag van de commissie of deze toevoeging ook op andere giften dan de begunstiging door sommenverzekering betrekking heeft, beantwoord ik bevestigend. Ook andere handelingen kunnen strekken tot verrijking van een ander, zonder dat die ander de prestatie direct ontvangt, of het – al dan niet opeisbare – recht verkrijgt om de prestatie te ontvangen, of tenminste zodanig recht kan verkrijgen door

aanspraak te maken op de prestatie. Behalve bij de begunstiging door sommenverzekering kan zich dit ook voordoen bij andere bevoordelingshandelingen met behulp van een beding ten behoeve van een derde in de zin van artikel 6:253 BW. Hoewel immers bij derdenbeding de derde in vele gevallen direct aanspraak zal kunnen maken op de voor hem gestipuleerde prestatie, kan deze mogelijkheid ook afhankelijk gesteld zijn van de vervulling van een nadere voorwaarde, bijvoorbeeld dat de stipulator voor de aanvaarding toestemming heeft gegeven. Ook in zo'n geval zal de derde aanvankelijk nog geen aanspraak kunnen maken op de prestatie en dient zij totdat de nadere voorwaarde is vervuld nog niet als gift te worden beschouwd.

De commissie vraagt vervolgens of de gift in de vorm van een tot verrijking strekkende aanwijzing bij een derdenbeding reeds aan erfrechtelijke consequenties is blootgesteld als een aanvaarding *mogelijk* is, of pas op het moment dat de aanwijzing daadwerkelijk is aanvaard. Dienaangaande merk ik op dat het eerstbedoelde tijdstip, waarop aanvaarding mogelijk is, beslissend is. Weliswaar ontstaat voor de begiftigde ingevolge artikel 6:253 lid 1 eerst met de aanvaarding van het derdenbeding het vorderingsrecht met betrekking tot de prestatie (die het voorwerp van de gift is), maar dat mag er niet toe leiden dat de begiftigde, door de aanvaarding uit te stellen, zou kunnen ontkomen aan de eventuele erfrechtelijke consequenties van de gift. Eenzelfde gedachte is terug te vinden in het bij de nota van wijziging bij wetsvoorstel 19 529 tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek voorgestelde artikel 479ka Rv, ingevolge welke bepaling in bepaalde gevallen ten laste van een bij een sommenverzekering begunstigde derde beslag kan worden gelegd, voordat deze zijn aanwijzing heeft aanvaard (kamerstukken II 1999–2000, 19 529, nr. 5, blz. 12).

Uit artikel 7.3.12 lid 2 vloeit voort dat een aanwijzing bij een derdenbeding niet als gift wordt beschouwd wanneer aan twee voorwaarden is voldaan: (a) de begiftigde heeft de prestatie nog niet ontvangen en (b) de begiftigde kan ook nog geen aanspraak maken op de prestatie. Anders dan de Commissie Erfrecht meent, gaat het hier derhalve om cumulatieve voorwaarden en niet om alternatieve voorwaarden. Vervanging in lid 2 van het woord «noch» door «of» zou derhalve onjuist zijn.

Met betrekking tot artikel 7.3.12a lid 2 stelt de Commissie Erfrecht aan de orde dat deze bepaling banken in geval van financiering van een goed onder hypothecair of pandrechtelijk verband geen zekerheid biedt dat de begiftigde rechthebbende zal blijven van het geschonkene. Wanneer immers aan de vormvereisten van artikel 7.3.3 lid 1 niet is voldaan, kan de in artikel 7.3.12a geregelde handeling die voor een deel een gift is (*negotium mixtum cum donatione*) worden vernietigd met terugwerkende kracht tot het overlijden van degene die de gift doet. De commissie wenst te vernemen op welke wijze hier aan de eisen van de praktijk kan worden tegemoet gekomen. Dienaangaande zou ik een drietal opmerkingen willen maken. In de eerste plaats zal, nu het gaat om (deels) geschonken goederen, en nog wel goederen waarvan de levering eerst na het overlijden van de vervreemder plaatsvindt, daarvoor uit de aard der zaak vrijwel steeds geen financiering nodig zijn. In de tweede plaats valt te bedenken dat artikel 7.3.12a lid 2 voorziet in de vernietigbaarheid van gedeeltelijke schenkingen wegens de omstandigheid dat de schenking niet door de schenker persoonlijk is aangegaan en daarvan geen notariële akte is opgemaakt. Het is voor banken eenvoudig om, alvorens over te gaan tot de vestiging van een pand- of hypotheek, inzage of afschrift te verlangen van de benodigde notariële akte zodat zekerheid bestaat over de onaantastbaarheid van de schenking. Betreft de schenking registergoederen, dan is reeds door de verplichte notariële betrokkenheid bij de

overdracht verzekerd dat wordt toegezien op de inachtneming van de bij de schenking gestelde vereisten van 7.3.3 lid 1. In de derde plaats zal de bank, in het geval dat de schenking niet-registergoederen betreft, in de artikelen 3:238 en 3:239 lid 3 BW bescherming van zijn pandrecht kunnen vinden tegen de uit een eventuele vernietiging van de schenking voortvloeiende beschikkingsonbevoegdheid van de begiftigde, mits aan de voorwaarden van die bepalingen is voldaan. Voor de praktijk zijn derhalve in verband met artikel 7.3.12a lid 2 geen belangrijke problemen te verwachten.

Het is verheugend dat de commissie instemt met de aanpassing van het tweede lid van artikel 7.3.12, waardoor bij giften door middel van een derdenbeding niet reeds van een gift wordt gesproken wanneer de begunstigde nog niet op enigerlei wijze is verrijkt. Opmerking verdient nog dat ingevolge deze bepaling, om te kunnen spreken van een gift, niet vereist is dat de prestatie van de gift daadwerkelijk door de begunstigde is ontvangen. Ook een schenking komt immers niet pas tot stand door de ontvangst van de daarmee gemoeide prestatie. Voldoende is dat de begunstigde op de prestatie aanspraak kan maken, hetgeen zich in het geval van een derdenbeding voordoet zodra de begunstigde het beding kan aanvaarden.

De commissie wijst op een opmerking van Van Mourik over het voorgestelde artikel 1:88 lid 4 BW en verzoekt om een nadere uitleg over het feit dat giften met de strekking dat zij eerst na het overlijden van de schenker worden uitgevoerd, onttrokken worden aan de eis van toestemming van de echtgenoot van de schenker, mits zij niet tijdens diens leven worden uitgevoerd. Inderdaad kan op het tijdstip van de gift veelal wèl de bedoelde strekking worden vastgesteld, doch is niet zeker of de gift ondanks die strekking niet toch voor het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd. Wanneer de schenker op dit punt zekerheid wenst dat nakoming tijdens leven niet op bezwaren van de zijde van zijn echtgenoot kan stuiten, zal hij kunnen overwegen toestemming van de echtgenoot te vragen. Doet hij dat niet, en komt bij de schenker in een later stadium de wens op om de schenking (vervroegd) uit te voeren, dan zal hij, ter voorkoming dat daardoor de schenking alsnog door de echtgenoot kan worden vernietigd, alsnog toestemming van de echtgenoot moeten vragen. Met andere woorden: artikel 1:88 lid 4 BW bewerkstelligt dat uitvoering bij leven van de schenker van een gift ter zake des doods deze gift bij gebreke van toestemming van de echtgenoot alsnog vernietigbaar doet zijn.

De commissie vraagt om te verduidelijken waarom de behandeling als legaat van een begunstiging op grond van een sommenverzekering zich niet ook uitstrekt tot de uitkering die ter nakoming van een natuurlijke verbintenis wordt gedaan, nu uit het systeem van Boek 4 BW toch voortvloeit dat ook prestaties bij dode ter uitvoering van een natuurlijke verbintenis als een legaat worden aangemerkt. De commissie verwijst in dit verband naar Vegter, die in WPNR 99/6373, blz. 731 opmerkt dat in zo'n geval de uitkering zijns inziens ten onrechte ontsnapt aan dit regime. In dit verband speelt een aantal overwegingen een rol.

In de eerste plaats wijs ik erop dat de verzekeringnemer voor een voorziening in de vorm van een levenverzekering tijdens zijn leven daadwerkelijk een offer heeft gebracht, in de vorm van de betaalde premies. Hier ligt een verschil met testamentaire voorzieningen ter nakoming van een natuurlijke verbintenis, waar zodanig offer tijdens leven niet is gebracht en waar de erflater tijdens zijn leven derhalve op geen enkele wijze is beperkt in zijn bestedingsmogelijkheden. De concrete opofferingen tijdens het leven

van de verzekeringnemer rechtvaardigen mede de onaantastbaarheid van de voorziening na zijn overlijden.

In de tweede plaats dient gewezen te worden op de invloed van de regels voor de uitwinning van levensverzekeringen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet (de artikelen 479I–479r en 724a Rv en 22a en 295a Fw). Naar deze regels is uitwinning van het vermogen van de schuldenaar, voor zover het door deze afgesloten levensverzekeringen betreft, slechts mogelijk zolang de verzekeringnemer een eventuele aanwijzing van een derde als begunstigde nog kan herroepen. Wordt de aanwijzing van de begunstigde onherroepelijk voordat beslaglegging of faillietverklaring heeft plaatsgevonden, dan dient het belang van de begunstigde te prevaleren. Anders zou immers een crediteur die tijdens leven van de erflater niet tijdig de voor uitwinning vereiste handelingen heeft verricht, na diens overlijden – waardoor doorgaans de aanwijzing onherroepelijk wordt – alsnog verhaal voor zijn vordering kunnen vinden in de waarde van de levensverzekering (zie kamerstukken II 1997/98, 17 141, nr. 26, blz. 23–24).

In de derde plaats kan gewezen worden op de bijzondere maatschappelijke functie van levensverzekeringen als instrument voor het verzekeren van een oudedagsvoorziening en de verzorging van nabestaanden. Deze bijzondere functie komt tot uitdrukking in de omstandigheid dat in de hiervoor genoemde uitwinningsregels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet uitwinning van levensverzekeringen is uitgesloten voor zover deze voor de verzekeringnemer of een als begunstigde aangewezen derde «onredelijk benadelend» zou zijn (artikelen 479p lid 1 Rv, 22a lid 1 en 295a lid 1 Fw). De bescherming tegen onredelijke benadeling berust op de gedachte dat verhaal op verzekeringsvormen waaraan een verzorgingselement ten grondslag ligt om sociale overwegingen dient te worden beperkt, en dat deze bescherming vooral van belang is voor diegenen – zoals bijvoorbeeld zelfstandigen – die niet door middel van een pensioenverzekering een oudedags- of nabestaandenvoorziening opbouwen en daarvoor derhalve zijn aangewezen op het sluiten van een levensverzekering (kamerstukken I 1997/98, 22 969 en 23 429, nr. 297, blz. 1). Door middel van een levensverzekering kan bijvoorbeeld ook een voorziening worden getroffen voor een gehandicapt kind van de verzekeringnemer. Overigens is het in verband met het criterium van de onredelijke benadeling nog wenselijk gebleken een wijziging aan te brengen in artikel 4.4.2.7c, welke bij de tweede nota van wijziging wordt aangebracht.

De commissie stelt vervolgens vast dat wanneer sprake is van een niet onherroepelijke begunstiging bij een sommenverzekering, deze nog niet kan worden aanvaard. Voorts stelt de commissie vast dat wanneer de begunstiging wèl onherroepelijk is en mitsdien tijdens het leven van de verzekeringnemer kan worden aanvaard, de andere echtgenoot/geregistreerde partner die gift wel moet kunnen vernietigen. Voor de vraag of de andere echtgenoot/geregistreerde partner op de voet van artikel 1:88 BW tot vernietiging van een begunstiging uit sommenverzekering kan overgaan, dient derhalve beslissend te zijn of de begunstiging al dan niet kan worden aanvaard. Opmerking verdient dat voor de juiste uitwerking van deze gedachte nog een kleine wijziging van het wetsvoorstel wenselijk is. In de meeste gevallen zal een begunstiging uit sommenverzekering eerst kunnen worden aanvaard vanaf het tijdstip dat de begunstiging onherroepelijk is geworden. Dit doet zich voor indien het risico is geëindigd door het overlijden van de verzekerde, indien een uitkering opeisbaar is geworden alsmede indien de verzekeringnemer is overleden en de overeenkomst dit gevolg daaraan verbindt (zie de artikelen 7.17.3.5, aanhef en onder b, c, en d, en 7.17.3.6a lid 1, zoals voorgesteld bij

wetsvoorstel 19 529 tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek). Buiten deze gevallen kan een begunstiging echter ook worden aanvaard wanneer de verzekeringnemer daartoe schriftelijk toestemming heeft verleend (artikel 7.17.3.6a lid 1, tweede zin). In dat geval wordt de aanwijzing evenwel niet reeds door de verleende toestemming onherroepelijk, doch eerst vanaf het tijdstip dat de aanwijzing door de begunstigde daadwerkelijk is aanvaard (artikel 7.17.3.5, aanhef en onder a). Voor dit geval van aanvaarding met toestemming van de verzekeringnemer behoeft derhalve het tijdstip van onherroepelijkheid niet samen te vallen met het tijdstip waarop de begunstiging kan worden aanvaard. Doorgaans zullen overigens de toestemming en de aanvaarding tegelijkertijd aan de verzekeraar worden meegedeeld, zodat beide tijdstippen wèl samenvallen. Het is niettemin wenselijk om ook voor dit geval de toestemmingseis van artikel 1:88 te stellen vanaf het tijdstip dat de begunstiging kan worden aanvaard, dat wil zeggen vanaf het tijdstip dat de verzekeringnemer aan de derde toestemming tot aanvaarding heeft gegeven en niet eerst vanaf het tijdstip van de aanvaarding zelf. In de nota van wijziging die tegelijk met deze nota wordt ingediend wordt daartoe voorgesteld artikel 1:88 lid 4 aldus te wijzigen dat ten aanzien van giften die bestaan in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering toestemming van de andere echtgenoot wel vereist is, indien de aanwijzing tijdens het leven van de verzekeringnemer wordt aanvaard of kan worden aanvaard. Eenzelfde wijziging wordt voorgesteld in artikel 7.3.12c lid 1, eerste zin. Voor de overige, meest voorkomende, gevallen, waarin de begunstiging niet door aanvaarding met toestemming van de verzekeringnemer onherroepelijk wordt, heeft deze wijziging geen gevolgen.

Anders dan de Commissie Erfrecht KNB meen ik dat het geen aanbeveling verdient om in artikel 7.3.12c als waarde van de gift door sommenverzekering uit te gaan van de waarde van de daaruit voortvloeiende rechten op het tijdstip van de uitkering. Als tijdstip voor de waardering dient immers uitgegaan te worden van het tijdstip van de gift, d.w.z. op het tijdstip dat de aanwijzing is aanvaard of kon worden aanvaard. Veelal zal dat het tijdstip van overlijden van de erflater zijn; voor de toepassing van de erfrechtelijke regels van inkorting en inbreng op begunstigingen als bedoeld in artikel 4.4.2.7b lid 2, onder b, vloeit dit direct uit de wet voort (artikelen 4.3.3.4a lid 2, eerste zin, en 4.5.4.8 lid 1, tweede zin), voor de vermindering van artikel 4.4.2.4 valt hetzelfde aan te nemen. Betreft de begunstiging één direct opeisbare uitkering, dan komt de waarde van de gift overeen met het bedrag van de uitkering. Ligt het tijdstip van opeisbaarheid van de uitkering pas zekere tijd na het overlijden, dan zal voor de toepassing van de genoemde erfrechtelijke regels niet met de waarde ten tijde van de uitkering dienen te worden gewerkt, doch met de contante waarde van die uitkering op het tijdstip van overlijden van de erflater. Ook als het gaat om een reeks van uitkeringen, zal daarvan de contante waarde in aanmerking moeten worden genomen in plaats van de waarde ten tijde van de afzonderlijke uitkeringen.

De commissie vraagt vervolgens om het oordeel van de regering over de zienswijze van Vegter in WPNR 99/6373, blz. 727, dat de voorgestelde tekst van artikel 1:88 lid 4, tweede zin, BW («Bestaat de gift in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de verzekeringnemer wordt aanvaard of onherroepelijk wordt, dan is daarvoor wel toestemming vereist») beter kan worden geschrapt en vervangen door de bepaling dat in alle gevallen waarin sprake is van een gift bij wijze van sommenverzekering, de toestemming van de echtgenoot is vereist. Het voorstel van Vegter zou ik niet willen volgen, omdat dan giften door sommenverzekering in alle gevallen afhankelijk zouden zijn van toestemming van de andere echtgenoot, derhalve ook in die gevallen

dat de begunstiging eerst door het overlijden van de verzekeringnemer onherroepelijk wordt en aanvaard kan worden. Dat laatste is echter geenszins de bedoeling: de laatstbedoelde giften zijn immers te beschouwen als giften ter zake des doods en behoren daarom in de benadering van het wetsvoorstel – zoals in de eerste zin van artikel 1:88 lid 4 vastgelegd – buiten het bereik van de toestemmingseis te blijven. De door Vegter bekritiseerde tweede zin strekt ertoe een verfijning aan te brengen ten opzichte van de eerste zin. Deze verfijning betreft eveneens gevallen waarin een gift bestaat in een begunstiging bij sommenverzekering waarbij de uitkering eerst bij of na het overlijden van de verzekeringnemer opeisbaar zal zijn, en welke derhalve de in de eerste zin bedoelde strekking hebben dat zij eerst na het overlijden van de verzekeringnemer zullen worden uitgevoerd. Ingevolge de eerste zin zou voor dergelijke giften geen toestemming vereist zijn. De tweede zin brengt de verfijning aan dat, wanneer de begunstiging tijdens het leven van de verzekeringnemer wordt aanvaard of kan worden aanvaard (thans nog: onherroepelijk wordt), niettemin toestemming is vereist. De ratio voor de verfijning is dat zodra nog tijdens het leven van de verzekeringnemer aanvaarding van de begunstiging mogelijk is, gesproken kan worden van een gift. Vanaf dat tijdstip kan de begunstigde immers de met de verzekering gemoeide waarde binnen zijn vermogen brengen, zonder afhankelijk te zijn van een nadere handeling van de verzekeringnemer. De andere echtgenoot behoort dan bevoegd te zijn tot vernietiging van de begunstiging, omdat door aanvaarding van de begunstiging het vermogen van de verzekeringnemer daadwerkelijk wordt verkleind: enerzijds is dat vermogen dan immers belast met de betaalde premies of koopsom, terwijl anderzijds tot dat vermogen niet meer behoort de mogelijkheid om de met de verzekering gemoeide waarde, door wijziging van de begunstiging of door afkoop van de verzekering, te benutten.

Gaarne neem ik de suggestie van de commissie over om in artikel 1:88 lid 1, onder b, BW de woorden «de gebruikelijke en de niet bovenmatige» te wijzigen in: de gebruikelijke, niet bovenmatige. Aldus wordt een op dit punt per 1 januari 1992 aangebrachte, kennelijk onbedoelde, wijziging ongedaan gemaakt.

Verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen

Met genoegen heb ik vastgesteld dat de commissie zich gaarne aansluit bij de, mede onder invloed van kritiek in de literatuur, aangepaste regeling voor verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen, waarbij in de verhouding tot schuldeisers is afgezien van gelijkstelling van deze bedingen met giften indien degene die ingevolge zodanige bedingen verkrijgt daarvoor geen «redelijke tegenprestatie» hoeft te verschaffen. Tot mijn genoegen sluit de commissie zich voorts aan bij het uitgangspunt dat met betrekking tot verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen de erfrechtelijke bescherming – zoals thans door de regering voorgesteld – behouden dient te worden.

Quasi-legaten

Het is verheugend te kunnen vaststellen dat de splitsing van afdeling 4.4.2 (legaten) in twee paragrafen, waarvan de tweede is gewijd aan de zogenoemde quasi-legaten, ook naar het oordeel van de commissie een vooruitgang is ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel.

Vervolgens stelt de commissie naar aanleiding van in de literatuur door F.W.J.M. Schols en de commissie erfrecht van de KNB opgeworpen vragen aan de orde in hoeverre en op welke wijze wijziging kan worden aangebracht in de volgorde van inkorting en vermindering voor zover

deze de quasi-legaten betreft. Uit de bepaling in artikel 4.4.2.7b lid 1 dat schenkingen bij dode (en de andere in lid 2 genoemde handelingen) voor de toepassing van de regels van inkorting en vermindering worden aangemerkt als legaat, ligt besloten dat net als voor legaten ook voor deze schenkingen de volgorde van inkorting en vermindering kan worden gewijzigd op de voet van artikel 4.3.3.12 lid 2 en artikel 4.4.2.4 lid 3. Gegeven deze mogelijkheid is het derhalve niet nodig om het voorstel van de commissie erfrecht van de KNB over te nemen om deze mogelijkheid voor de quasi-legaten te openen. Een volgende vraag is of ook bij de gift zelf, of bij een andere handeling die een quasi-legaat oplevert, vastgelegd zou moeten kunnen worden dat de daarmee gemoeide prestatie pas als laatste voor inkorting of vermindering in aanmerking komt. De commissie onderschrijft – althans voor de schenkingen als bedoeld in artikel 7.3.3 – het oordeel van F.W.J.M. Schols dat deze mogelijkheid inderdaad zou moeten bestaan. Dienaangaande valt te bedenken dat de vrijheid van de erflater tot wijziging van de volgorde van inkorting en vermindering van makingen rechtsstreeks voortvloeit uit het beginsel van de testeervrijheid: waar de erflater de vrijheid heeft om erfstellingen en legaten te maken dan wel achterwege te laten, is het ook aan hem om desgewenst te bepalen dat bepaalde makingen eerst na andere makingen worden ingekort of verminderd. Het spreekt in het licht hiervan vanzelf dat makingen die de erflater niet in volledige vrijheid doet doch ingevolge een natuurlijke verbintenis, in beginsel eerst na alle andere makingen in aanmerking komt voor inkorting en vermindering. Dat de erflater ook hier wel de mogelijkheid heeft om anders te bepalen, is te begrijpen vanuit de gedachte dat de juridische gevolgen van een natuurlijke verbintenis slechts tegen de erflater kunnen worden ingeroepen voor zover deze zelf tot nakoming daarvan heeft besloten. De erflater heeft ook bij makingen ter nakoming van een natuurlijke verbintenis de vrijheid om deze te herroepen. Is er echter sprake van volledige juridische gebondenheid voor de erflater, zoals bij een geldige schenking ter zake des doods, dan mist de erflater de vrijheid om deze ongedaan te maken. Dit brengt naar mijn oordeel mee dat deze schenkingen ten laste van de nalatenschap behoren te worden gebracht vóór de, tot aan het overlijden herroepelijke, makingen. Voorts bestaat er ten aanzien van deze schenkingen geen grond voor enige bevoegdheid van de erflater om door het wijzigen van de volgorde van inkorting en vermindering deze schenkingen alsnog ten achter te stellen bij gewone makingen. Het voorgaande voert tot de slotsom dat bij de tweede nota van wijziging alsnog een voorziening zal worden voorgesteld in artikel 4.4.2.7b lid 1 om te bewerkstelligen dat quasi-legaten als laatste voor inkorting en vermindering in aanmerking komen. Daarbij zal, in lijn met de hiervoor uiteengezette gedachtengang, deze voorziening worden beperkt tot die schenkingen welke inderdaad onherroepelijk zijn, terwijl de voorziening voorts niet zal gelden voor schenkingen waarbij door de schenker anders is gestipuleerd. De voorziening zal ingevolge artikel 4.4.2.7b lid 2 van overeenkomstige toepassing zijn op de daarbedoelde andere quasi-legaten. De beperking tot de niet-herroepelijke quasi-legaten brengt hierbij mee dat begunstigen bij een sommenverzekering in het algemeen niet onder de voorziening zullen vallen.

Tot mijn genoegen stemt de commissie in met de overbrenging van de belangrijkste erfrechtelijke onderdelen van titel 7.3 naar de artikelen 4.4.2.7b tot en met 4.4.2.7f van Boek 4.

Gaarne ga ik in op de vervolgens in het verslag aan de orde gestelde bedingen als bedoeld in artikel 4.4.2.7b lid 2, onder a. Het gaat om verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen: bedingen op grond waarvan een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of

kan overgaan. Op degelijke bedingen worden, net als op schenkingen in de zin van lid 1, de regels betreffende inkorting en vermindering toegepast alsof zij een legaat inhouden ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. Zoals ook de commissie opmerkt, ziet de regeling niet op bedingen waar de overgang zonder redelijke tegenprestatie zijn grond vindt in een bevoordelingsbedoeling: dergelijke bedingen vallen immers reeds onder de regeling voor schenkingen in lid 1. Evenmin ziet de regeling, zoals de tekst tot uitdrukking brengt, op bedingen waar wèl sprake is van een redelijke tegenprestatie. Daarbij geldt als, door de commissie als juist onderschreven, uitgangspunt, dat de redelijkheid van de tegenprestatie in beginsel moet worden vastgesteld naar het tijdstip van de overgang. Niettemin kunnen er omstandigheden zijn die tot gevolg hebben dat een tegenprestatie die op het eerste gezicht minder dan redelijk is, niettemin redelijk moet worden geacht. De commissie zou hiervan gaarne voorbeelden genoemd zien. In de eerste plaats kan hierbij gedacht worden aan het reeds in de nota van wijziging genoemde geval van het familiebedrijf waarvoor slechts met moeite een verwant kan worden gevonden die tot voortzetting van het bedrijf bereid is. De lage prijs die uiteindelijk voor deze verwant de tegenprestatie vormt voor de verkrijging van de bedrijfsgoederen wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het alleen zo voor deze verwant rendabel is om zijn arbeidsinspanning aan te wenden ten behoeve van het bedrijf. Een vergelijkbare situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een advocatenmaatschap, waar de jongste maat bij toetreding tot de maatschap voor een aantal jaren genoeg neemt met een lager winstaandeel mede met het oog op het vooruitzicht dat hij bij uittreding van een oudere maat diens aandeel tegen een op zichzelf beperkte tegenprestatie kan verwerven. Als voorbeeld kan verder gewezen worden op de eigenaar van bepaalde archeologisch belangwekkende voorwerpen, die deze aan een plaatselijk museum in bruikleen geeft en daarbij overeenkomt dat het museum de voorwerpen bij zijn overlijden zal mogen overnemen. Stemt de eigenaar uit ideële overwegingen, omdat hij wil voorkomen dat de voorwerpen terecht komen in een buitenlands museum, bij voorbaat in met een aanzienlijk lagere prijs voor de voorwerpen dan de internationale «marktwaaarde» voor dergelijke voorwerpen, dan zou die omstandigheid in weg kunnen staan aan de conclusie dat de overneming uiteindelijk «zonder redelijke tegenprestatie» plaatsvindt. Tenslotte kan gewezen worden op bedingen waarbij degene die het goed zal of kan verwerven het risico draagt van fluctuaties in de waarde van het goed. Dit zal zich voordoen bij overeenkomsten op grond waarvan een goed eerst later op de verkrijger zal overgaan, tegen een vooraf bepaalde prijs waarvan voor partijen niet vaststaat in hoeverre deze uiteindelijk voor de verkrijger gunstig zal uitpakken. Te denken valt aan optiecontracten, waarbij de prijs – of zij nu hoog of laag uitvalt – gerechtvaardigd wordt door het daaraan inherente element van speculatie. Met de commissie sluit ik mij in dit verband overigens gaarne aan bij de benadrukking door de Commissie Erfrecht van het belang dat het notariaat ervoor zorgt dat in voorkomende gevallen in akten tot uitdrukking wordt gebracht dat en op welke gronden de tegenprestatie bij bedingen als hier aan de orde redelijk moet worden geacht.

De commissie vraagt vervolgens om de zienswijze van de regering over de door F.W.J.M Schols geuite voorkeur de voorwaarde van artikel 4.3.3.11b ook te kunnen opnemen in een samenlevingsovereenkomst die een verblijvingsbeding bevat. Van de zijde van de commissie wordt daarbij gewezen op het daaraan verbonden voordeel dat geen testament nodig is, wanneer kan worden volstaan met een samenlevingscontract, dat bovendien niet (eenzijdig) herroepelijk is. Met betrekking tot de voorwaarde van artikel 4.3.3.11b merk ik allereerst op dat deze een aanzienlijk verdergaande strekking heeft dan een wijziging van de volgorde van inkorting of vermindering van een making. Een wijziging van de inkortings- of

verminderingvolgorde strekt er immers slechts toe om in gevallen waarin de omvang van de nalatenschap niet toelaat dat aan alle makingen ten volle wordt voldaan, vast te leggen op welke makingen het tekort zal worden afgewenteld. Aangezien op de erflater geen juridische verplichting rust tot het doen van enige making, spreekt zijn vrijheid om beperkingen aan te brengen op makingen ook vanzelf. Bij het maken van de voorwaarde van artikel 4.3.3.11b daarentegen wordt de positie van de legitiemarissen, die aan de wet een dwingend recht op de legitieme portie ontnemen, in vergaande mate geraakt: hun vordering wordt mogelijk voor langere tijd niet-opeisbaar gemaakt. De afweging daaromtrent behoort niet het voorwerp te zijn van een overeenkomst, maar dient uitsluitend door de erflater persoonlijk te worden gemaakt (vergelijk artikel 4.1.3b lid 1). In zijn verhouding tot de legitiemarissen behoort de erflater tot aan zijn overlijden de volledige vrijheid te behouden om, ook als hij zijn vermogen in vergaande mate met schenkingen ter zake des doods heeft belast, de vervulling van hun legitimaire aanspraken binnen afzienbare tijd na zijn overlijden mogelijk te maken. Daartegen weegt naar mijn oordeel niet op het kostenvoordeel dat verbonden zou zijn aan de mogelijkheid om een voorwaarde als bedoeld in artikel 4.3.3.11b vast te leggen in een samenlevingsovereenkomst. Zou een erflater op die grond in een bepaald geval wel afzien van het maken een uiterste wil en zou daardoor de verzorging van diens levensgezel ernstig in het gedrang komen, dan bestaat er voor de levensgezel altijd nog de mogelijkheid om met een beroep op artikel 4.1.3c de rechter te verzoeken de verplichting tot uitkering aan de legitiemarissen gedurende zekere tijd op te schorten of te bepalen dat deze in termijnen kan worden voldaan. Op deze gronden meen ik de suggestie van Schols dan ook niet te moeten overnemen.

Afschaffing contractuele erfstellingen en legaten

De commissie vraagt het oordeel van de regering over de vraag of afdeling 3 van titel 8 van Boek 1 BW, waarin zijn geregeld de contractuele erfstellingen en legaten in huwelijkse voorwaarden, afgeschaft dient te worden. Het voornemen om deze afdeling af te schaffen is al oud. De bepalingen worden slechts weinig toegepast. Door Van Mourik en door F.W.J.M. Schols is betoogd dat handhaving van de regeling niettemin de voorkeur verdient, nu er nog altijd een zeker gebruik van wordt gemaakt.

Voor zover de artikelen 1:146 e.v. BW bij huwelijkse voorwaarden giften mogelijk maken van bepaalde goederen, bestaat daaraan in het nieuwe recht naast de regeling van de schenking ter zake des doods (artikel 7.3.3) geen behoefte. Met de schenking ter zake des doods kan immers hetzelfde worden bereikt als met zodanige gift. Aldus ook Schols in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*, 1999, blz. 37.

Het effect van de in artikel 1:147 lid 1 BW bedoelde gift van de gehele of gedeeltelijke nalatenschap, die neerkomt op een contractuele erfstelling, valt als zodanig niet te bereiken met een schenking ter zake des doods. Wel kan door middel van een, met een universeel keuzelegaat vergelijkbare, schenking van alle goederen welke de begiftigde uit de nalatenschap zal wensen te ontvangen, tot op grote hoogte hetzelfde worden bereikt als met een gift van de gehele nalatenschap in de zin van artikel 1:147 BW.

Handhaving van de artikelen 1:146 e.v. BW náást de regeling van de schenking ter zake des doods is niet wenselijk. Wil men van die bepalingen behouden hetgeen niet door middel van schenkingen ter zake des doods kan worden gerealiseerd, dan is een speciale voorziening nodig voor de contractuele erfstelling. Aan een dergelijke voorziening lijkt echter, naast de ruime mogelijkheden van de schenking ter zake des doods, niet in relevante mate behoefte te bestaan. Bij de inpassing

daarvan in Boek 4 zouden voorts nog lastige vragen van uitwerking rijzen. Een belangrijke vraag zou zijn of de regeling beperkt zou moeten worden tot echtgenoten, of dat ook anderen contractueel tot erfgenaam benoemd moeten kunnen worden. Uit oogpunt van gelijke behandeling van gelijke gevallen lijkt een antwoord in laatstbedoelde zin voor de hand te liggen. Bij een ruime mogelijkheid van contractuele erfstellingen rijst echter wel de vraag wat dan nog de betekenis is van artikel 4.1.3b lid 2, dat zich verzet tegen overeenkomsten tot beschikking over het geheel of een gedeelte van een nog niet opengevallen nalatenschap. Ik ben van oordeel dat het nieuwe erfrecht en schenkingsrecht met de daarin gegeven mogelijkheden voor schenkingen ter zake des doods thans voldoende ruimte laten voor het treffen van onherroepelijke voorzieningen ten behoeve van nabestaanden.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals