

Vergaderjaar 1999–2000

17 213

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

Nr. 5

### VERSLAG

Vastgesteld 18 februari 2000

De vaste commissie voor Justitie<sup>1</sup>, belast met het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen.

Onder het voorbehoud dat de hierin gestelde vragen en gemaakte opmerkingen tijdig zullen zijn beantwoord, acht de commissie de openbare behandeling van het wetsvoorstel voldoende voorbereid. De commissie heeft zich bij haar werkzaamheden laten bijstaan door prof. mr A.L.G.A. Stille.

### ALGEMEEN

De leden van de commissie hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorstel van titel 7.3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Naar zij begrijpen is het thans aan de orde zijnde wetsvoorstel met betrekking tot de schenking ontleend aan een voorontwerp ontworpen door mr K. Wiersma en onder eindredactie van mr F.J. de Jong, zoals dat is opgenomen in de zogeheten «Groene boeken» in Boek 7 (Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van Prof. Mr. E.M. Meijers, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie opgesteld onder leiding van Mr. F.J. de Jong, Vierde gedeelte (Boek 7), Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf, 's-Gravenhage – 1972). En het is – naar de commissie aanneemt – het aan dat voorontwerp ontleende ontwerp van wet dat op 1 december 1981 aan de Tweede Kamer is aangeboden.

De commissie constateert dat met het verschijnen van de Wet van 3 juni 1999, Stb. 1999, 300 – kort gezegd: de vastlegging van het nieuwe erfrecht in Boek 4 BW – het moment is gekomen dat het thans aan de orde zijnde wetsvoorstel met de bijhorende nota van wijziging kan worden behandeld.

Reeds nu past de opmerking dat in de nota van wijziging de voorgestelde wijzigingen een aanzienlijke verbetering zijn ten opzichte van de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Op onderdelen zijn er nog enkele opmerkingen en vragen gebleven die in dit verslag aan de orde worden gesteld. Daarbij is ook gebruik gemaakt van opmerkingen die de commissie van de Commissie Erfrecht van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) mocht ontvangen, zulks naar aanleiding van de

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Van de Camp (CDA), Biesheuvel (CDA), Swildens-Rozendaal (PvdA), Scheltema-de Nie (D66), Kalsbeek-Jasperse (PvdA), Zijlstra (PvdA), Apostolou (PvdA), Middel (PvdA), Van Heemst (PvdA), voorzitter, Dittrich (D66), ondervoorzitter, Rabbae (GL), Rouvoet (RPF), Van Oven (PvdA), O. P. G. Vos (VVD), Van Wijmen (CDA), Patijn (VVD), De Wit (SP), Ross-van Dorp (CDA), Niederer (VVD), Nicolaï (VVD), Halsema (GL), Weekers (VVD), Van der Staaij (SGP), Wijn (CDA), Brood (VVD).  
Plv. leden: Balkenende (CDA), Verhagen (CDA), Wagenaar (PvdA), Van Vliet (D66), Arib (PvdA), Duijkers (PvdA), Kuijper (PvdA), Albayrak (PvdA), Barth (PvdA), Hoekema (D66), Karimi (GL), Schutte (GPV), Santi (PvdA), Van den Doel (VVD), Rietkerk (CDA), Rijpstra (VVD), Marijnissen (SP), Buijs (CDA), Van Baalen (VVD), Van Blerck-Woerdman (VVD), Oedayraj Singh Varma (GL), De Vries (VVD), Van Walsem (D66), Eurlings (CDA), Kamp (VVD).

nota van wijziging, alsmede van de inmiddels over dit onderdeel verschenen opvattingen van enkele rechtsgeleerde auteurs.

## **Onderscheid in giften**

### *Schenkeningen en andere giften*

De commissie constateert dat in het nieuwe recht de wet *giften* kent, die worden onderverdeeld in *schenkingen* (artikel 7.3.1) en *andere giften* dan schenkingen (artikel 7.3.12 lid 1). Ook onder het nieuwe recht is dus gehandhaafd en meer gesystematiseerd het uitgangspunt dat iedere schenking een gift is, maar niet iedere gift een schenking. Op de *andere giften* zijn de bepalingen van schenkingen toepasselijk, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet (artikel 7.3.12 lid 1). De commissie stelt met instemming vast dat – anders dan onder het huidige recht wordt verlangd (zie de artikelen 7A:1719 en 1720 BW) – in het voorstel het vormvereiste van de notariële akte is komen te vervallen met als argument dat de bescherming die het vormvereiste van de notariële akte biedt tegen onnadenkendheid en overijling ook door middel van artikel 3:44 BW (3.2.10 in de oude nummering) kan worden bereikt (Kamerstukken II 1981–1982, 17 213, nr. 3, p. 7 en 8).

### *Schenkeningen bij dode*

Voor schenkingen ter zake des doods was in het oorspronkelijk wetvoorstel een regeling van het vormvereiste voorzien die blijkens de opsomming in de nota van wijziging (Kamerstukken II, 1998–1999, 17 213, nr. 4, p. 5–6) nogal kritiek heeft ondervonden. In de bij die nota van wijziging voorgestelde aanpassingen (zie Kamerstukken II, 1998–1999, 17 213, nr. 4, p. 5) kan de commissie zich grotendeels vinden, onverminderd het navolgende.

De commissie stemt in met het laten blijven bestaan van het vormvereiste van de notariële akte indien sprake is van een schenking bij dode, dat wil zeggen een schenking die weliswaar vóór het overlijden van de schenker wordt gesloten, maar waarvan de uitvoering eerst plaats vindt na het overlijden van de schenker; zie artikel 7.3.3 lid 1. Zou de notariële akte ook in dat geval worden afgeschaft, dan biedt dat aan de schenker een eenvoudige mogelijkheid om langs informele weg te bereiken waarvoor het erfrecht – op goede gronden – vrij strenge vormvereisten kent. Wordt de schenking bij dode niet bij notariële akte aangegaan, maar wordt zij wel ten uitvoer gelegd vóór het overlijden van de schenker, dan speelt dit bezwaar niet en behoort de schenking – gelijk iedere andere schenking onder de levenden – geldig te zijn.

Artikel 7.3.12 bepaalt dat voor giften de regels van de schenking ook gelden. Dat betekent dat dus ook de vormvereisten van artikel 7.3.3 lid 1 voor een gift bij dode van toepassing zijn. Is sprake van een gift die ligt opgesloten in een andere rechtshandeling – het zogeheten *negotium mixtum cum donatione* – dan geldt artikel 7.3.12a en is de gift, uitgevoerd na het overlijden van de gever, vernietigbaar. De bevoegdheid tot het invoeren van de vernietigbaarheid vervalt, kort gezegd, door de toezegging alsnog het verschil in waarde bij te passen (artikel 7.3.12a lid 2). 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.

De thans in de artikelen 7A:1719, 1720 en 1724 BW opgenomen regeling met betrekking tot de vorm waarin een schenking dient plaats te vinden, zou in het oorspronkelijke ontwerp worden vervangen door de regeling van de artikelen 7.3.3 tot en met 7.3.3c. De in die bepalingen vervatte nogal ingewikkelde regeling ten aanzien van de vorm van een schenking

bij dode is bij de nota van wijziging vervangen door een nieuwe in artikel 7.3.3, die veel overeenkomst vertoont met die voor uiterste wilsbeschikkingen. De commissie stelt vast dat de nieuwe regeling kort gezegd hierop neerkomt dat een schenking waarvan het de bedoeling is dat zij pas na het overlijden van de erflater wordt uitgevoerd, vervalt indien zij niet vóór dat overlijden is uitgevoerd, tenzij de die schenking is opgenomen in een notariële akte. Als bij een schenking gebruik wordt gemaakt van de notariële vorm moet de schenker – net als bij een testament (artikel 4.3.1.2. lid 3) – in persoon (dus niet bij volmacht) in die akte verklaren. De commissie wenst te vernemen of hier gedacht moet worden aan het *aanbod* tot schenking? Aan die vraag ligt ten grondslag de omschrijving van het begrip schenking in artikel 7.3.1 als een *overeenkomst* om niet. Weliswaar wordt in de toelichting bij de nota van wijziging (Kamerstukken II, 1998–1999, 17 213, nr. 4, p. 6) opgemerkt dat het voorschrift van de notariële akte mede betrekking heeft op de aanvaarding, maar dan rijst de vraag hoe die uitleg zich verhoudt tot artikel 7.3.1 lid 2 dat bepaalt dat een tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod als aangenomen geldt, wanneer deze, na ervan kennis te hebben genomen, het niet onmiddellijk heeft afgewezen. De commissie vraagt zich vervolgens af of de uitleg dat ook de aanvaarding van een schenking bij dode bij notariële akte dient te geschieden tot gevolg heeft dat de schenkingsovereenkomst slechts kan geschieden bij een en dezelfde notariële akte, of dat het ook mogelijk is dat aanbod en aanvaarding bij verschillende notariële akten geschieden. Een vraag die in dit verband nog rijst is 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.

Naar aanleiding van het voornemen om de Wet op het centraal testamentenregister zodanig aan te passen dat daarin ook schenkingen bij dode kunnen moeten worden vermeld, komt de vraag aan de orde of deze verplichting ook geldt voor een *aanbod* gedaan in de vorm van artikel 7.3.3. lid 1, terwijl de aanvaarding daarvan nog niet of – bij handhaving van de leer van de Jurgens/Van Heesch-uitleg van de Hoge Raad (zie hiervoor) – vormloos of bij onderhandse akte is tot stand gekomen.

Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de hiervoor weergegeven uitleg in de toelichting dat bij schenkingen bij dode ook bij notariële akte dient te worden aanvaard, komt vervolgens de vraag aan de orde of hiervoor een zelfde persoonlijke aanvaarding door de begiftigde is vereist, dat wil zeggen een aanvaarding die alleen kan geschieden door in persoon in een notariële akte aldus te verklaren, zodat mitsdien een aanvaarding bij volmacht – zelfs indien deze in een notariële akte is opgenomen – is uitgesloten. Of is de gevolgtrekking van de Commissie Erfrecht juist dat het aannemen van een aanbod tot schenking zowel in persoon als bij volmacht kan geschieden? Het komt de vaste commissie voor dat de parallele gedachtegang die geldt voor het aanbod van een schenking ten opzichte van een legaat of erfstelling, niet geldt voor de aanvaarding daarvan, nu een legaat of erfstelling niet noodzakelijkerwijs bij authentieke akte en in persoon dient te worden aanvaard.

Voor een (aanbod tot) schenking ter zake des doods van «tot de inboedel behorende zaken en bepaalde boeken» is een onderhandse akte voldoende. Ook hier wordt de parallellie aangetroffen met de mogelijkheid deze zaken te legateren door middel van een codicil (zie artikel 4.3.5.7). Is het gevoelen van de commissie juist dat daarom zal moeten worden aangenomen dat die onderhandse akte door de schenker eigenhandig moet worden geschreven?

De commissie zag ook gaarne door de regering bevestigd dat de nieuwe regels met betrekking tot de vormvereisten bij schenking onverlet laten de vormvereisten bij levering, dus los van de onderliggende obligatoire (schenkings-)overeenkomst. Te denken valt aan de levering van een registergoed (artikel 3:89 BW) en van aandelen op naam in een NV/BV (artikel 2:86/196 BW).

Naar aanleiding van het nieuwe artikel 7.3.3 is bij de commissie de vraag gerezen of het begrip *strekking* niet te vaag zal blijken zijn. Wat is het gevolg van een niet uitgevoerde schenking – anders dan bij notariële akte – indien zij die strekking ontbeerde? En aan de hand van welke criteria kan worden vastgesteld of sprake is van die *strekking*?

Voorts is een vraag wat wordt bedoeld met het *vervallen* van de schenking? Moet dit aldus worden gezien dat een schenking bij dode, gedaan anders dan bij notariële akte, wel geldig is tijdens het leven van de schenker, zij het niet afdwingbaar, maar dat, indien zij niet is uitgevoerd op het ogenblik van het overlijden van de schenker, die schenking teniet is gegaan *ex nunc*? De mogelijk rijzende oplossing dat hier in die tussentijd eigenlijk sprake is van een natuurlijke verbintenis (vgl. artikel 6:3 BW) komt de commissie niet juist voor, want een schenking bij dode is niet opeisbaar tijdens het leven van de schenker, terwijl een natuurlijke verbintenis wèl opeisbaar is (maar niet afdwingbaar).

### **SCHENKING AAN VERTROUWENSPERSONEN**

De in de nota van wijziging voorgestelde grond tot vernietiging van een schenking gedaan aan een beroepsbeoefenaar van de individuele gezondheidszorg – artikel 7.3.4. lid 1 – roept bij de commissie de vraag op of het geen aanbeveling zou verdienen om de systematiek van artikel 4.3.2.6 ook in artikel 7.3.4 lid 1 te volgen. Waarom is niet gekozen voor toepasselijkheid van artikel 4.3.2.6 leden 1 en 2?

Door de Commissie Erfrecht is de vraag opgeworpen of de zogeheten «thuiszorg» ook onder artikel 7.3.4. is begrepen. De Commissie Erfrecht heeft in dat verband overwogen om bij het bepalen van de vraag wie onder 7.3.4 valt, aan te knopen bij de Wet BIG. Wat is de mening van de regering over dit voorstel? De vaste commissie stelt in het verlengde daarvan de vraag aan de orde of uitvoering van dat voorstel wel voldoende is, aangezien er – bijvoorbeeld in een verzorgingstehuis – in de gezondheidszorg verschillende functies worden uitgeoefend die een vergelijkbare positie innemen wat betreft het vertrouwen van degenen die zij verzorgen. Zo zal degenen die de financiën van de inwoners verzorgt, op een zelfde wijze misbruik kunnen maken van zijn positie als een medische beroepsbeoefenaar die onder artikel 7.3.4 valt. Graag verneemt de commissie hierover het oordeel van de regering.

### **HERROEPING VAN EEN SCHENKING**

Hiervoor werd al vermeld dat een schenkingsaanbod gericht tot een bepaalde persoon als aangenomen geldt, wanneer deze persoon, nadat hij van het aanbod heeft kennisgenomen, het niet onverwijld heeft verworpen (artikel 7.3.1 lid 1). Herroeping van het schenkingsaanbod is mogelijk – op grond van de gewone regels van het overeenkomstenrecht (artikel 6:217 e.v. BW) – indien dat aanbod nog niet is aanvaard. In geval van een herroepelijk schenkingsaanbod bij dode voegt artikel 7.3.5 lid 1 daaraan nog toe dat – in afwijking van artikel 6:222 BW – het aanbod door het overlijden van de schenker komt te vervallen, tenzij uit het aanbod het tegendeel voortvloeit. Hier speelt uiteraard ook het bepaalde met betrekking tot het vormvereiste van artikel 7.3.3 lid 1 een rol. Nieuw ten opzichte van het huidige recht is dat een schenking ook kan worden herroepen, indien het voorbehoud daartoe is gemaakt; artikel 7.3.6 lid 1. De in Nederland sedert mensenheugenis geldende, uit het Franse recht afkomstige, rechtsregel *donner et retenir ne vaut* zal niet meer gelden onder het komende recht. Deze wijziging is overgenomen uit het hiervoor genoemde voorontwerp van Wiersma (Ontwerp nieuw BW Boek 7, Toelichting, p. 895).

Daarmee wordt de schenking onder potestatieve voorwaarde (buiten het huwelijksvermogensrecht; zie artikel 1:146 lid 5 BW) mogelijk, indien een

daartoe strekkend voorbehoud is gemaakt. Graag zou de commissie nog eens van de regering vernemen welke haar beweegredenen zijn om de potestatieve voorwaarde bij schenkingen thans wel toe te laten.

Daarnaast rijzen bij de commissie in dit verband nog de navolgende vragen die betrekking hebben op het geval waarin de vervulling van een ontbindende voorwaarde plaatsvindt, nadat een geschonken zaak door de begiftigde is vervreemd:

- a. Nu het intreden van een ontbindende voorwaarde er onder meer toe leidt – kort gezegd – dat de eigendom van, althans de goederenrechtelijke aanspraken op, een zaak (in goederenrechtelijke zin) van rechtswege *ex nunc* terug gaat naar de schenker (artikel 6:22 BW), heeft zulks het onwenselijke gevolg dat het voor derden te goeder trouw onbekend is dat de eigendom bij een ander is, dan de schijn doet veronderstellen. Deze onwenselijkheid klemt te meer in die gevallen waarin de gerechtigdheid blijkt (mede) uit (openbare) registers, zoals bij registergoederen en aandelen op naam. Zou het geen aanbeveling verdienen om deze goederenrechtelijke gevolgen eerst te laten intreden indien de voor de goederen geldende «normale» regels van levering zijn vervuld [vgl. artikelen 3:89 (levering van registergoederen), 3:90 (levering van roerende zaken), 3:93 (levering van rechten aan toonder of order) en 3:94 (levering van rechten op naam BW)]? Een bijkomend argument voor een bevestigend antwoord is 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.
- b. Welke aanspraken heeft de begiftigde jegens de schenker in geval de begiftigde het geschonkene op zijn kosten heeft verbeterd of uitgebreid en nadien door het vervuld worden van een ontbindende voorwaarde het geschonkene teruggaat naar de schenker?
- c. Welke aanspraken heeft een gelaedeerde jegens de schenker en/of de begiftigde na de vervulling van de ontbindende voorwaarde in geval de bezitter van het geschonken goed aansprakelijk is voor de schade op grond van artikel 1:173 BW (gebrekkige roerende zaken), artikel 6:174 BW (opstallen) en artikel 6:179 (dieren), indien de schade is intreden vóór het vervuld worden van de ontbindende voorwaarde?

Voorts zou de commissie graag de reactie vernemen van de regering op de opvatting van J.B. Vegter in WPNR 99/6373, p. 729 met betrekking tot de – naar de commissie begrijpt – impliciete regeling van de fideïcommissaire schenking, in het bijzonder daar waar hij opmerkt dat hij de thans gevolgde wetstechniek niet fraai vindt en hij zijn voorkeur uitspreekt voor een systeem waarin onomwonden de rechtsgeldigheid van een fideïcommissaire schenking wordt erkend, en dat deze analogisch aan de makingen over de hand uit Boek 4 BW wordt geregeld.

## **VERNIETIGINGSGRONDEN**

De vernietigingsgronden staan vermeld in artikel 7.3.4 lid 1 en komen in sterke mate overeen met die van het erfrecht zoals neergelegd in artikel 4.3.2.6. Een verschil met het huidige recht is de – al lang verwachte – schrapping van het schenkingsverbod (artikel 7A:1715 BW) tussen echtgenoten. De commissie is het met deze aanpassing en het resultaat daarvan eens.

De commissie heeft geconstateerd dat de terminologie van het aangepaste voorstel van artikel 7.3.10 niet onaanzienlijk afwijkt van die van het een vergelijkbaar doel beogende artikel 4.1.3. Zij vraagt zich wat daarvan de grond is. Voorts rijst bij haar de vraag wat wordt bedoeld met het *opzettelijk* plegen van een misdrijf in artikel 7.3.10 lid 1 onderdeel b? Is daarbij vereist dat de omschrijving van het strafbare feit de opzettelijkheid als element bevat, of is de opzettelijkheid een extra element, dat moet

worden toegevoegd aan de wettelijke omschrijving van het strafbare feit? Met betrekking tot het niet vereist zijn van een strafrechtelijke veroordeling komt de vraag aan de orde hoe kan worden vastgesteld dat een misdrijf is gepleegd zonder dat zulks in rechte is vastgesteld. En hoe moet deze bepaling worden uitgelegd als er wel sprake is van een bewezen misdrijf, maar dit niet strafbaar is, althans zou zijn geweest op grond van bijvoorbeeld de artikelen 39–43 WvSr? Wie moeten worden gerekend tot de naaste betrekkingen in laatstgenoemde bepaling? Is het juist dat het begrip *nagelaten betrekkingen* van artikel 7:674 BW niet noodzakelijk samenvalt met het begrip *naaste betrekkingen* van artikel 7.3.10 lid onderdeel b?

De bijzondere gevallen van vernietigbaarheid van een schenking zoals neergelegd in artikel 7.3.10 zullen voor praktische problemen in het rechtsverkeer kunnen zorgen, bijvoorbeeld in het geval het gaat om schenking van registergoederen. Het gevolg van vernietigbaarheid is immers dat zij terugwerkt tot het tijdstip waarop de (vernietigbare) rechtshandeling is verricht (artikel 3:53 lid 1 BW), tenzij de rechter aan die vernietiging geheel of ten dele de terugwerkende kracht ontzegt (artikel 3:53 lid 2 BW). De Commissie Erfrecht van de KNB stelt in dit verband voor om in geval van vernietigbaarheid een verplichting tot teruglevering in de wet op te nemen, teneinde het rechtsverkeer te beschermen. Voorts heeft de Commissie Erfrecht de vraag opgeworpen waarom in artikel 7.3.10 lid 1 sub c is afgeweken van de algemene regels van vernietigbaarheid, naar de vaste commissie aanneemt die van Boek 3 BW. Is de regering het met de Commissie Erfrecht eens dat het beter zou zijn om hier een terugvorderingsrecht tot terugbetaling van de waarde te creëren? De vaste commissie neemt aan dat de Commissie Erfrecht hier een aan artikel 3:54 BW analogische oplossing voorstaat (vgl. artikel 7.3.12a lid 3). Wat is het standpunt van de regering over die uitleg?

De Commissie Erfrecht wijst er op dat met artikel 7.3.11 lid 1 rechtsonzekerheid wordt geschapen. De vaste commissie interpreteert die opmerking aldus dat zij aanneemt dat deze bezorgdheid van de Commissie Erfrecht ziet op het feit dat het vele jaren kan duren vooraleer het feit dat leidt tot vernietigbaarheid zich voordoet en bovendien het jaren kan duren voordat de grond voor het invoeren van de nietigheid aan de schenker bekend wordt, zodat de termijn waarbinnen de vernietigbaarheid kan worden ingeroepen feitelijk aanmerkelijk langer kan zijn dan die van 1 jaar die de bepaling noemt. Deelt de regering die bezorgdheid en zo ja, ziet zij mogelijkheden die rechtsonzekerheid weg te nemen?

Voorts meent de Commissie Erfrecht dat in artikel 7.3.11 lid 2 het woord «vonnis» dient te worden vervangen door «gerechtelijke uitspraak». De vaste commissie geeft er de voorkeur aan in dat geval te kiezen voor «onherroepelijke rechterlijke uitspraak». Is de regering het daarmee eens?

## **SCHENKING EN BEWIND**

De commissie constateert met instemming dat artikel 7.3.8 lid 1 wordt aangepast aan het vervallen van artikel 3.1.1.11 (de algemeenheid van goederen). Weliswaar is het begrip «algemeenheid van goederen» niet in de wet gekomen, maar de verschillende gemeenschappen waarvan artikel 3.1.1.11 spreekt (met uitzondering wellicht van «het door giften voor een bepaald, tijdelijk doel bijeengebracht vermogen») kent de wet wel; zie Kamerstukken II, 1983–1984, 17 496, nr. 6 (nota van wijziging); Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1026–1027) De commissie stelt in dit verband de vraag of het vereiste van de notariële akte niet toch zou moeten blijven gelden in geval van vestiging van een bewind over een gemeenschap in de zin van afdeling 3.7.2?

De aandacht zij er voorts op gevestigd dat M.J.A. van Mourik het woord «schriftelijk» in artikel 7.3.8 lid 1, eerste zin, aldus uitlegt dat hieronder moet worden verstaan «bij notariële akte», in geval het *aanbod* tot schen-

king betrekking heeft op een registergoed. Naar zijn zeggen heeft dit tot gevolg dat reeds het aanbod tot schenking van een registergoed, gegeven de clausele dat het goed onder bewind wordt gesteld, een notariële akte behoeft. Gelet op (het niet wet geworden) artikel 3.6.2.4 lid 1 (gesneuveld bij de «operatie stofkam» tezamen met de gehele titel «Bewind») waarin voor de *instelling* van een bewind over een registergoed een notariële akte werd vereist, is volgens Van Mourik de tekst van artikel 7.3.6 lid 1 voor verbetering vatbaar nu van een «instelling» (nog) geen sprake is (M.J.A. van Mourik in M.J.A. van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 62). Een reactie van de regering op dit punt zou verduidelijkend kunnen zijn.

De Commissie Erfrecht heeft in dit verband de vraag aan de orde gesteld of een bewind tot stand kan komen zonder enig schriftelijk stuk. Haar voorkeur zou er naar uitgaan om tenminste de onderhandse akte, zo niet de notariële akte daarvoor als vormvereiste te stellen. De vaste commissie vraagt zich eveneens af of gelet op de gevolgen van de instelling van een bewind en de handhaving daarvan niet inderdaad de notariële akte hier als eis moet worden gesteld. Bovendien worden door het stellen van dat vereiste bewijsrechtelijke problemen bij een bewind aanzienlijk verminderd, zo niet voorkomen. De commissie zou van de regering willen vernemen of zij dit standpunt kan onderschrijven en zo ja, of zij dan bereid is haar wetsvoorstel daaraan aan te passen?

In zijn eerder genoemd artikel in WPNR 99/6373, p. 729 vraagt Vegter andermaal aandacht voor de principiële veranderingen die zijn voorgesteld in het kader van de beëindigingmogelijkheden van het testamentair bewind (zie zijn eerdere opstel in WPNR 97/6272, p. 353–354). Hij stelt dat de wettelijke regeling inzake de beëindiging van het testamentair bewind ook in het kader van het schenkingsbewind toepasselijk zal zijn (artikel 7.3.8 lid 2). Nadat hij geconstateerd heeft 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, stelt hij voor om nader te onderzoeken of dit feit gevolgen moet hebben voor de beëindigingsregeling van het schenkingsbewind. Bij dat onderzoek zou volgens 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. De commissie stelt het oordeel van de regering ten aanzien van deze suggesties op prijs

## **BEGUNSTIGING BIJ SOMMENVERZEKERING**

De toevoeging aan artikel 7.3.12 lid 2 houdt verband met de omschrijving van het begrip gift. In het bijzonder hebben de discussies zich bij dit begrip afgespeeld om de begunstiging door sommenverzekering. De commissie vraagt zich dan ook af of de toevoeging alleen betrekking heeft op die begunstiging bij sommenverzekeringen, of ook in geval van andere giften.

De gelijkstelling van een gift met een tot verrijking strekkende aanwijzing bij een derdenbeding is op zich genomen juist. De commissie stelt zich de vraag of in de thans voorgestelde uitwerking zo'n aanwijzing reeds aan erfrechtelijke consequenties is blootgesteld als een aanvaarding *mogelijk* is, of dient voor het inwerking treden van die consequenties het derdenbeding daadwerkelijk te zijn aanvaard? Gewezen zij in dit verband op artikel 6:253 lid 1 BW.

Door de Commissie Erfrecht wordt opgemerkt dat in artikel 7.3.12 lid 2, tweede zin, het woord «noch» vervangen zou moeten worden door «of», aangezien de huidige voorgestelde tekst van een cumulatief vereiste lijkt uit te gaan, terwijl volgens de Commissie Erfrecht een alternatief vereiste bedoelde is. De vaste commissie verneemt graag het gevoelen van de regering hierover.

Ten aanzien van artikel 7.3.12a lid 2 vraagt de Commissie Erfrecht – impli-

ciet – de aandacht voor problemen met betrekking tot vernietigbaarheid van een schenking, zoals zij ook al deed ten aanzien van de artikel 7.3.10 e.v.. Zij wijst er in het bijzonder op dat de rechter – in geval van het intrekken van de vernietigbaarheid van een schenking – weliswaar de gevolgen kan veranderen, maar dat zo'n verandering een bank nog geen zekerheid biedt – naar de commissie aanneemt – in geval van financiering onder hypothecair of pandrechtelijk verband. De commissie wenst van de regering te vernemen op welke wijze hier aan de eisen van de praktijk kan worden tegemoet gekomen.

De wijziging in artikel 1:88 BW houdt verband met de aanpassing van artikel 7.3.12 lid 2. De commissie stemt in met de aanpassing van het tweede lid van artikel 7.3.12 om aldus tegemoet te komen aan de bezwaren tegen het begrip gift ten aanzien van de aanwijzing bij een sommenverzekering, aangezien het niet passend wordt geoordeeld om reeds van een gift te spreken wanneer de begunstigde nog niet met de prestatie van de gift is verrijkt.

In artikel 1:88 lid 1 sub b BW waren sedert 1 januari 1992 van vernietigbaarheid uitgesloten de schenkingen bij dode en andere giften bij dode. Die uitsluiting wordt nu overgebracht naar – een nieuw in te voeren – lid 4, eerste zin. In de redactie van 1992 waren uitgezonderd van het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW de begunstigingen bij sommenverzekeringen waarvoor tijdens het leven van de verzekeringnemer door deze premie was betaald. Nu op grond van artikel 7.3.12c een begunstiging door een sommenverzekering in een aantal gevallen als een gift wordt beschouwd behoeft de regeling van artikel 1:88 lid sub b BW aanvulling. In lid 4 is nu opgenomen dat in geval de aanwijzing van een derdebegunstigde nog tijdens het leven van de verzekeringnemer wordt aanvaard, daarop dan artikel 7.3.3 niet toepasselijk is (zie artikel 7.3.12c lid 1, tweede zin). In dit verband wijst de commissie voorts op de opmerking van Van Mourik met betrekking tot het in de nota van wijziging voorgestelde lid 4 van artikel 1:88 BW. Daarover merkt hij op dat wat de eerste zin daarvan betreft, ter gelegenheid van het doen van de gift weliswaar de strekking van de gift zal kunnen worden vastgesteld, maar (veelal) geen zinnig woord kan worden gezegd over de vraag of de gift (niettemin) tijdens het leven zal worden uitgevoerd. In dat opzicht kan hij met het toestemmingsvereiste ter gelegenheid van het doen van de gift niet goed uit de voeten (zie genoemde auteur in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 64). De commissie verzoekt de regering op dit punt om een nadere uitleg. Kan de regering verduidelijken waarom de behandeling als legaat van een uitkering op grond van een sommenverzekering zich niet ook uitstrekt tot de uitkering die ter nakoming van een natuurlijke verbintenis wordt verstrekt, 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? Verwezen zij in dit verband naar het meergenoemde artikel van Vegter in WPNR 99/6373, p. 731 die vreest dat met de huidige tekstvoorstellen een uitkering uit sommenverzekering ten onrechte ontsnapt aan dit systeem.

Is sprake van een niet onherroepelijke begunstiging bij een sommenverzekering, dan kan deze nog niet worden aanvaard. Is de begunstiging wel onherroepelijk en kan mitsdien de aanwijzing wel worden aanvaard tijdens het leven van de verzekeringnemer, dan moet de andere echtgenoot/geregistreerde partner die gift wel kunnen vernietigen. Lid 4 tweede zin regelt zulks.

De Commissie Erfrecht wijst er op dat artikel 7.3.12c lid 2 aanleiding geeft tot onduidelijkheid met betrekking tot wat moet worden gedaan bij onherroepelijkheid en aanvaarding. In dat verband stelt zij dat het beter zou zijn dat als waarde geldt die van het daaruit voortvloeiende recht *op het tijdstip van of ten tijde van* de uitkering. Wat is de mening van de regering hierover?



Ook in de literatuur constateert de commissie een wens tot verbetering van de voorgestelde regeling. Zo schrijft Vegter in WPNR 99/6373, p. 727 dat met de thans voorgestelde tekst beoogd is te regelen dat in alle gevallen waarin sprake is van een gift bij wijze van sommenverzekering, de toestemming van de (andere) echtgenoot is vereist. Het lijkt hem duidelijker dit met zoveel woorden in de tekst van artikel 1:88 BW te bepalen. In dat geval – aldus Vegter – kan de thans voorgestelde passage, inhoudende dat toestemming vereist is voor een gift die bestaat in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de verzekeringnemer wordt aanvaard of onherroepelijk wordt, worden geschrapt. De commissie verneemt gaarne het oordeel van de regering hierover. De commissie stelt in dit verband – enigszins terzijde – een ander probleem met betrekking tot artikel 1:88 lid 1 sub b BW aan de orde. De tekst van deze bepaling luidde tot 1 januari 1992:

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen;
  - a. (enz).
  - b. giften met uitzondering van de gebruikelijke, niet bovenmatige;
  - c. (enz).

Door destijds de term «van de gebruikelijke, niet bovenmatige» te wijzigen in «van de gebruikelijke, van de niet bovenmatige» is naar de letter van de wet ten dele een andere groep giften onder het bereik van deze bepaling gekomen dan kennelijk de bedoeling is geweest, zeker gelet op het ontbreken in de parlementaire behandeling van iedere aanwijzing voor zo'n wijziging. De vraag rijst bij de commissie of het daarom geen aanbeveling verdient om de oude tekst van vóór 1 januari 1992 te herstellen, zodat daarmee alle – overigens weinig interessante en weinig nuttige – discussies op dit terrein worden weggenomen?

### **VERBLIJVENS-, TOESCHIEDINGS- EN OVERNEMINGSBEDINGEN**

De commissie stelt vast dat in de dagelijks rechtspraak de zogeheten verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen een aanzienlijke rol spelen. In de oorspronkelijke – in artikel 7.3.12b neergelegde – regeling zijn verkrijgingen op grond van verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen gelijkgesteld met giften, indien de degene die verkrijgt daarvoor geen «redelijke tegenprestatie» behoeft te verschaffen. De bevoordelingsbedoeling hoeft daarvoor niet te worden vastgesteld. Deze wijziging ten opzichte van het thans geldende recht brengt een versteviging van de positie van de crediteuren met zich. Maar ook de verzorgingsgerechtigden ingevolge artikel 4.2A.2 en de legitimarissen en de legatarissen krijgen daardoor een betere positie. Naast deze bijzondere regels blijven gelden de bepalingen in titel 7.3 BW (Schenking), artikel 1:88 BW (toestemmingsvereiste in geval van het doen van giften door een gehuwde of een geregistreerde partner), alsmede artikel 35a Fw. De door de rechtsgeleerde schrijvers geuite kritiek op de in het oorspronkelijke ontwerp opgenomen regeling heeft er toe geleid dat zij thans is vervangen door een nieuwe, waarin is afgezien van de bescherming van de schuldeisers zoals neergelegd in de oude. De commissie sluit zich gaarne bij deze aangepaste regeling aan. Met betrekking tot verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen dient de erfrechtelijke bescherming – zo als door de regering thans voorgesteld – behouden te worden. De commissie stemt eveneens in met dat uitgangspunt. Omtrent de verblijvens-, toescheidings- en overnemingsbedingen met werking bij dode komt de commissie hierna bij de quasi-legaten nog terug.

## QUASI-LEGATEN

De commissie wijst op de vraag van F.W.J.M. Schols of het mogelijk is om bij schenking bij dode overeen te komen dat het quasi-legaat pas na de andere legaten zal worden verminderd (aldus deze schrijver in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 34). De commissie zou graag vernemen wat het standpunt van de regering in dezen is.

De commissie constateert dat de splitsing van afdeling 4.4.2 in twee paragrafen een vooruitgang is ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Die splitsing is het gevolg van het beschouwen van giften bij dode en andere handelingen met werking na dode als legaten. De eerste paragraaf heeft betrekking op de eigenlijke legaten; de tweede op de met legaten gelijkgestelde rechtshandelingen, de zogeheten *quasi-legaten*: giften en andere handelingen bij dode. F.W.J.M. Schols werpt de vraag op of het mogelijk is bij de schenkingsovereenkomst/uiteerste wilsbeschikking te bepalen dat, voor zover de gift behandeld wordt als legaat, met inachtneming van artikel 4.3.3.12 lid 2 de «inkortingsvolgorde» kan worden gewijzigd (F.W.J.M. Schols in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 35). De commissie wenst hierover de mening van de regering te vernemen. De Commissie Erfrecht gaat kennelijk uit van een bevestigend antwoord van de regering op de hiervoor genoemde vraag van Schols en wijst er op dat de artikelen 4.3.3.12 lid 2 en 4.4.2.4 lid 3 de mogelijkheid bieden om bij uiterste wilsbeschikking de inkortings- en verminderingsvolgorde van legaten te wijzigen. Zij beveelt aan die mogelijkheid ook voor de *quasi-legaten* (zie artikel 7.3.3, alsmede de artikelen 4.4.2.7b tot en met 4.4.2.7f) te openen. De vaste commissie voegt daaraan toe dat in geval dat voorstel zou worden overgenomen, een zodanige wijziging mogelijk zou moeten zijn zowel in de vorm als voorgeschreven van artikel 7.3.3. als van een uiterste wilsbeschikking.

In de artikelen 4.4.2.7b tot en met 4.4.2.7f – die deel uitmaken de nieuw voorgestelde paragraaf 2 en die gaat over «Giften en andere bepalingen die worden aangemerkt als legaten» – zijn de belangrijkste erfrechtelijke onderdelen van titel 7.3 overgebracht naar Boek 4. De commissie stemt daarmee in.

De commissie stelt voorts vast dat buiten de regeling van 4.4.2.7b vallen de bedingen op grond waarvan een goed tegen de economische waarde verblijft of overgaat. Er vindt dan immers per saldo geen wijziging plaats in de economische omvang van de nalatenschap. Maar ook de «echte» schenkingen en giften bij dode vallen buiten die regeling. Daarbij gaat het – in dit verband – om verblijvens-, overnemings- en toescheidingsbedingen tegen een lagere waarde dan de economische, maar waarvan het ook de bedoeling is om te begiftigde te bevoordelen. Dan is sprake van een schenking en zijn de daarvoor geldende regels toepasselijk. Artikel 4.4.2.7b richt zich op de tussen deze beide uiterste figuren gelegen bedingen, te weten de bedingen op grond waarvan een goed onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling aan een ander overgaat, althans kan overgaan, zonder dat tegenover zo'n overgang een redelijke tegenprestatie staat. De toelichting (Kamerstukken II, 1998–1999, 17 213, nr. 4 p. 14) vermeldt dat derhalve beslissend is of het goed «zonder redelijke tegenprestatie» overgaat. Juist lijkt de commissie het uitgangspunt in de toelichting dat de redelijkheid van de tegenprestatie in beginsel moet worden vastgesteld naar het tijdstip van de overgang. Want dan «vindt immers de vermogensverschuiving plaats ten voordele van degene op wie het goed over gaat». In de toelichting wordt er op gewezen dat er niettemin omstandigheden kunnen zijn die tot gevolg kunnen hebben dat een, op het eerste gezicht minder dan redelijke tegenprestatie, niettemin redelijk moet worden geacht. De commissie stelt het op prijs als de rege-

ring door middel van voorbeelden de toelichting op dit punt zou aanvullen.

De aandacht zij nog gevraagd voor de door F.W.J.M. Schols geuite voorkeur de clausule van artikel 4.3.3.11b ook te kunnen opnemen in een samenlevingsovereenkomst die een verblijvingsbeding bevat (zie diens bijdrage in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 p. 48). De commissie verzoekt de regering haar zienswijze over kenbaar te maken gelet op het daaraan verbonden voordeel dat geen testament nodig is, nu in de praktijk samenwoners veelal gemeenschappelijke goederen bezitten, zodat met een samenlevingscontract kan worden volstaan. Bovendien is een samenlevingscontract niet (eenzijdig) herroepelijk.

Niet onvermeld mag blijven in dit verband de benadrukking door de Commissie Erfrecht van het belang dat het notariaat ervoor zorgt dat in voorkomende gevallen in akten een passage wordt opgenomen, waaruit blijkt dat onder de daar omschreven omstandigheden, welke hebben geleid tot het opnemen van het beding, de tegenprestatie als redelijk moet worden beschouwd. De commissie sluit zich bij deze hartkreet aan.

### **AFSCHAFFING CONTRACTUELE ERFSTELLINGEN EN LEGATEN.**

Een vraag die aan de orde komt in verband met de schenking is die naar de mogelijke afschaffing van afdeling 3 van titel 8 van Boek 1 BW, waarin zijn geregeld de contractuele erfstellingen en legaten in huwelijkse voorwaarden (artikel 1:146 e.v. BW). Door de (toenmalige) vaste commissie voor Justitie is aan de regering de vraag gesteld of het niet gewenst was die afdeling te laten vervallen? Daarop is van die zijde geantwoord dat het hier een regeling van erfrecht betrof, voor welke beslissing het onderhavige ontwerp (te weten dat van Boek 1 BW) niet de juiste gelegenheid was (Parl. Gesch. Inv. Wet Boek 1, p. 1272–1273). Ofschoon destijds als argument voor de afschaffing daarvan werd aangevoerd dat het om verouderde bepalingen ging (vgl. ook J.M. Polak WPNR 67/4940, p. 98), zijn inmiddels toch weer stemmen opgegaan ten faveure van handhaving van die afdeling. Gewezen zij op de pleidooien daartoe van M.J.A. van Mourik in WPNR 98/6302, p. 121 (r.k.) en in de Struyckenbundel p. 214. In zijn kielzog doet F.W.J.M. Schols eveneens een beroep op de wetgever de contractuele erfstellingen en legaten te laten voortbestaan (aldus in Van Mourik e.a., *Schenking en gift naar nieuw recht*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 37). De (huidige) vaste commissie legt deze kwestie andermaal aan de regering voor en vraagt haar oordeel daarover.

De voorzitter van de commissie,  
Van Heemst

De griffier van de commissie,  
Pe