

Zitting 1981–1982

17 213

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

B

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 5 oktober 1981

Bij Kabinetsmissive van 21 januari 1981, no. 64, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt een wetsontwerp met memorie van toelichting tot vaststelling van titel 7.3 (Schenking) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

1. «Schenking» wordt in artikel 1 van het wetsontwerp omschreven als «de overeenkomst om niet, die er toe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt». Artikel 12, tweede lid, bepaalt, dat als «gift» wordt aangemerkt «iedere handeling die ertoe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt».

De opzet van het wetsontwerp is aldus, dat de artikelen 1 tot en met 11 rechtstreeks van toepassing zijn op «schenkingen» en dat die bepalingen op «giften» van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. De artikelen 12a, 12b en 12c geven ten slotte voor drie soorten «giften» enige – van voormelde, voor schenkingen en giften rechtstreeks of analogisch geldende, regels afwijkende, onderling verschillende – bijzondere bepalingen.

De Raad stemt in met de strekking van het wetsontwerp, de afschaffing van de huidige verouderde formele schenking van de artikelen 1703 en volgende B.W., alsook met voormelde opzet van het wetsontwerp. Het college heeft echter bezwaren tegen de inhoud van de artikelen 3, 3a, 3b, 3c, 12a, 12b en 12c, vooral in verband met de regeling van de legitieme portie in Boek 4.

2. De verrijking van de een ten koste van het vermogen van de ander is het nieuwe, economisch omschreven, kenmerk van zowel schenkingen als giften. Voor beide geldt voorts het aloude vereiste, dat deze verrijking dient te geschieden uit vrijgevigheid. Dit vereiste ligt besloten in het woord «strekt», hetwelk in beide definities voorkomt en houdt in «dat de vermogensverschuiving enerzijds wordt aangeboden, anderzijds wordt aanvaard als een verrijking van de een ten koste van het vermogen van de ander» (toelichting op het voorontwerp, bladzijde 894, voorlaatste alinea).

Voorts wordt in die toelichting op bladzijde 895, voorlaatste alinea, dit standpunt nog eens verduidelijkt door de stelling «dat het ontwerp ook buiten schenking over het algemeen het stelsel volgt dat een op verrijking van een ander gerichte rechtshandeling door deze moet worden aanvaard om het beoogde resultaat tot stand te brengen».

De aanvaarding van een aanbod tot bevoordeling, hetwelk leidt tot de aanwezigheid van een «gift», kan ook stilzwijgend geschieden, doordat artikel 1, tweede lid, van het wetsontwerp op «giften» van overeenkomstige toepassing is. Evenals een schenkingsaanbod om niet geldt ieder ander bevoordelingsaanbod als aangenomen wanneer degene tot wie het aanbod is gericht «na er van te hebben kennis genomen het niet onverwijld heeft afgewezen».

Met dit ook voor «giften», volgens het stelsel van het wetsontwerp, geldende vereiste van uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding door de bevoordeelde is – naar het de Raad voorkomt – geen rekening gehouden bij de op bladzijde 905 van de toelichting op het voorontwerp vermelde voorbeelden van «giften» als «handelingen die zich buiten de begiftigde om voltrekken» en evenmin bij de op bladzijde 892, tweede volle alinea, van die toelichting veronderstelde «giften» als «eenzijdige rechtshandelingen». De memorie van toelichting ware mitsdien in dit opzicht te wijzigen, althans te verduidelijken.

3. Zoals in punt 1 van dit advies is vermeld bestaat het in artikel 12, eerste lid, voorgestelde onderscheid in rechtsgevolg tussen schenking en gift hierin, dat de artikelen 1 tot en met 11

rechtstreeks van toepassing zijn op schenkingen en dat die bepalingen op giften van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Alhoewel het verschil tussen rechtstreekse en analogische wetstoepassing, zoals in de toelichting op het voorontwerp is gesteld, praktisch gering zal zijn, wijst de Raad in dit verband op de artikelen 6.5.1.4 en 5.

Giften zijn immers dikwijls gemengde overeenkomsten, die zowel voldoen aan de omschrijving van schenking als aan de omschrijving van een of meer, door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten, bij voorbeeld een koopovereenkomst, een verzekeringsovereenkomst, een overeenkomst met een derdenbeding, of een kwijtscheldingsovereenkomst. Hiervoor bepaalt artikel 6.5.1.4, eerste lid, dat de voor schenkingen en voor die andere bijzondere overeenkomsten gegeven bepalingen beide, naast elkaar op die gemengde overeenkomst van «gift» van toepassing zijn.

Het verschil tussen het in artikel 12, eerste lid, voorgestelde rechtsgevolg van giften, als gemengde overeenkomsten, en het in de artikelen 6.5.1.4 en 5 reeds geregelde rechtsgevolg is vooreerst dat op «giften» krachtens artikel 6.5.1.4, eerste lid, als regel de artikelen 1 tot en met 11 van het wetsontwerp rechtstreeks van toepassing zijn en niet «slechts» van overeenkomstige toepassing; en voorts dat artikel 12, eerste lid, niet bepaalt dat op giften, die als gemengde overeenkomsten tevens voldoen aan de omschrijving van andere bijzondere overeenkomsten, de voor die overeenkomsten geldende wettelijke bepalingen eveneens, naast die van schenking, op de desbetreffende giften van toepassing zijn.

Aangezien het rechtsgevolg van giften, als gemengde overeenkomsten, reeds – afwijkend van artikel 12, eerste lid – is geregeld in het vastgestelde Boek 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, ware in de memorie van toelichting uiteen te zetten hoe de verhouding is tussen die bepaling en de eveneens op zodanige giften toepasselijke artikelen 6.5.1.4 en 5.

4. De artikelen 3, 3a, 3b en 3c geven enige bijzondere regels voor een schenking die de strekking heeft, dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd. Wanneer aan de vormvereisten van artikel 3a wordt voldaan, wordt het rechtsgevolg

van deze schenking voor Boek 4 gelijkgesteld met een legaat van de (geschonken) prestatie. Hetzelfde geldt voor «giften» ofwel krachtens artikel 12, eerste lid, ofwel krachtens artikel 6.5.1.4, zoals hiervoor onder punt 4 van dit advies is besproken.

Het rechtsgevolg van de in de artikelen 3, 3a, 3b en 3c aan de orde zijnde schenkingen en giften wordt echter anders geregeld in de artikelen 4.3.3.4a, tweede lid, 4.3.3.5 en 4.3.3.13, tweede en derde lid, voor «giften van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten».

Indien er, zoals het de Raad voorkomt, geen praktisch verschil bestaat tussen schenkingen of andere giften, die de strekking hebben dat zij pas na het overlijden van de schenker zullen worden uitgevoerd (artikel 3) en de, in het vastgestelde Boek 4 bedoelde, giften van een voordeel bestemd om pas na het overlijden ten volle te worden genoten, dient het rechtsgevolg ook hetzelfde te zijn.

In Boek 4 blijven echter deze, na het overlijden geheel of gedeeltelijk in werking treden en uit te voeren, schenkingen en andere giften voor de bijtelling bij de legitimaire massa (artikel 4.3.3.5) en de inkorting (artikel 4.3.3.13, tweede en derde lid) het rechtskarakter van «giften» behouden. Deze giften komen dus pas in aanmerking voor inkorting nadat eventueel alle erfstellingen en legaten, dus de gehele nalatenschap – zonder de giften – ingevolge artikel 4.3.3.12 is ingekort (artikel 4.3.3.13, eerste lid).

Het onderhavige artikel 3b, eerste lid, waarin de hierbedoelde schenking of gift wordt aangemerkt als een legaat is daarmee in strijd en zou dus, indien er inderdaad – zoals het de Raad voorkomt – geen praktisch verschil bestaat tussen de hierbedoelde schenking of gift en de hiervoor omschreven giften van Boek 4, moeten worden geschrapt of gewijzigd. Hetzelfde geldt voor het met artikel 3b samenhangende artikel 3c.

5. Het is begrijpelijk dat schenkingen of andere giften, die de strekking hebben dat zij pas na het overlijden van de schenker zullen worden uitgevoerd ofwel in de omschrijving van Boek 4 «giften van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten», de bijzondere aandacht van de wetgever vragen, gelet op de in de memorie van toelichting vermelde belangen van schuldeisers, somgerechtigden en legitimarissen.

Het voorgestelde artikel 3a vereist daarom voor de geldigheid van de desbetreffende schenking of gift, behalve een schenkingsaanbod en de aanvaarding daarvan – waardoor de schenkingsovereenkomst tot stand is gekomen – daarenboven een, eventueel herroepelijke, verklaring ter bevestiging van het reeds aanvaarde, of nog te aanvaarden schenkingsaanbod. Deze regeling acht de Raad enigszins gekunsteld en omslachtig. In de praktijk zullen immers deze in artikel 3a vermelde onderdelen voor de totstandkoming van de overeenkomst meestal op één tijdstip samenvallen.

Overeenkomstig hetgeen is opgemerkt in de memorie van toelichting kan de notariële akte, nu deze als wettelijk vormvereiste voor schenkingen wordt afgeschaft, beschouwd worden als een redelijke waarborg zowel voor de rechtszekerheid als tegen overijling van partijen, tegen onbehoorlijke beïnvloeding van de schenker en tegen mogelijke samenspanning tussen schenker en begiftigde ter benadeling van schuldeisers (artikel 1377 B.W. en artikel 3.2.11), somgerechtigden en legitimarissen. Dit karakter van de notariële akte komt in het wetsontwerp zelf tot uitdrukking in de artikelen 7.3.2 en 7.3.12b, tweede lid.

Het onderhavige artikel 3a vereist voor een schenking die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden zal worden uitgevoerd niet een notariële akte doch wel een verklaring «in de vorm waarin een legaat van de prestatie kan worden gemaakt». Een legaat wordt meestal bij notarieel testament gemaakt, doch kan eveneens bij olografisch testament en voor bepaalde goederen ook bij codicil worden gemaakt.

Gelet op het vorenstaande en ter vermindering van de omslachtige regeling in de onderhavige artikelen 3a, 3b en 3c geeft de Raad in overweging om ofwel aan artikel 7.3.3 een tweede lid toe te voegen, waarin wordt bepaald dat de artikelen 3a, 3b en 3c niet van toepassing zijn, indien de schenkingsovereenkomst is aangegaan bij notariële akte, ofwel om voor de schenkingen ter zake van het overlijden, als bedoeld in artikel 7.3.3 – ongeacht of deze al dan niet herroepelijk zijn – steeds een notariële akte te vereisen, in welk geval de artikelen 3a, 3b en 3c kunnen worden geschrapt.

Ten slotte ware, gelet op het in punt 5 van dit advies opgemerkte, de terminologie van de in Boek 4 bedoelde giften van een voordeel, bestemd om pas na het overlijden ten volle te worden genoten en de in artikel 3 bedoelde

schenken die de strekking hebben dat zij pas na het overlijden zullen worden uitgevoerd, gelijklopend te maken, althans op elkaar af te stemmen, althans, indien er praktisch verschil zou blijken te bestaan, dit verschil in het onderhavige wetsontwerp en in de memorie van toelichting te verduidelijken.

6. Het belang van handhaving van de regeling voor «schenkingen over de hand» in artikel 7.3.6, tweede lid, wordt in de memorie van toelichting niet aangetoond. De opmerking dat deze schenkingen over de hand weinig voorkomen zou eerder wijzen op het tegendeel. Het is de vraag of deze schenkingen over de hand nog wel ooit voorkomen.

Tenzij uit enigerlei mededeling vanuit de notariële rechtspraak zou blijken dat aan het behoud van deze uit de tijd geraakte schenkingen over de hand, naast de toch reeds in artikel 4.3.2.2 gehandhaafde makingen over de hand, waarde wordt gehecht, geeft de Raad in overweging om de uitzonderingsregel van artikel 7.3.6, tweede lid, te schrappen.

Indien echter deze uitzonderingsregeling wordt gehandhaafd, ware als geldigheidsvereiste voor deze schenkingen over de hand met het oog op de rechtszekerheid tevens de notariële akte te handhaven.

7. Dat op «giften» met een tegenprestatie artikel 7.3.8 niet van toepassing is, zoals het eerste lid van artikel 7.3.12a bepaalt, zou ook zonder die bepaling het geval zijn, krachtens artikel 7.3.12, eerste lid, of krachtens artikel 6.5.1.4, tweede lid. Zoals in de memorie van toelichting is uiteengezet is immers artikel 7.3.8 niet van toepassing omdat de strekking van deze bepaling in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet.

Voorts is niet in de memorie van toelichting aangetoond, waarom het wenselijk is om voor deze giften af te wijken van artikel 3a, eerste lid, zoals in het tweede lid van artikel 7.3.12a is geschied. Op een gift die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden zal worden uitgevoerd, behoort – afgezien van de door de Raad tegen de artikelen 7.3.3-3c aangevoerde bezwaren – artikel 7.3.3a van toepassing te zijn krachtens de artikelen 7.3.12, eerste lid, en 6.5.1.4, eerste lid, tenzij de strekking van dit artikel 3a in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Nu dit niet is aangetoond, bestaat ook voor het tweede lid van artikel 12a geen grond.

Hetzelfde geldt voor het voorgestelde derde en vierde lid. De Raad ziet geen aanleiding om voor de in artikel 12a bedoelde giften bijzondere van de algemene voor giften geldende regels van de artikelen 12, eerste lid, en 6.5.1.4 afwijkende bepalingen op te nemen en daardoor het nieuwe recht onnodig te compliceren. Het college geeft derhalve in overweging artikel 7.3.12a geheel te schrappen.

8. Artikel 7.3.12b geeft bijzondere bepalingen voor verblijvings-, toescheidings- en overnemingsbedingen zonder redelijke tegenprestatie, welke bedingen kunnen voorkomen in huwelijkse voorwaarden, vennootschapscontracten en buitenhuwelijkse samenlevingscontracten. Artikel 12b, eerste lid, verklaart op die bedingen de bepalingen omtrent giften van toepassing en bepaalt voorts dat wederkerigheid van het beding niet geldt als tegenprestatie.

Nu het gaat over bedingen zonder redelijke tegenprestatie moet worden aangenomen dat de voor schenking en gift vereiste verrijking van de een ten koste van het vermogen van de ander aanwezig is. Er zou bij deze bedingen echter wel twijfel kunnen bestaan aan het vereiste van de vrijgevigheid. Voor die twijfel kan gewezen worden op hetgeen omtrent de onderhavige bedingen is gesteld in Asser II, Personen- en familierecht, bladzijde 134: «tenzij een bevoordeling uit vrijgevigheid niet aanwezig zou zijn, hetzij omdat het beding als een kansovereenkomst wordt beschouwd, hetzij omdat de bevoordeling geschiedt ter voldoening aan een verzorgingsplicht».

Uit het eerste lid van artikel 12b blijkt niet of bij deze bedingen – zonder redelijke tegenprestatie – het bewijs is toegelaten dat het desondanks geen giften zijn, omdat het vereiste van vrijgevigheid ontbreekt. Bij gelijkwaardige sterftekansen en verzorgingsbehoefte zou dit ontbreken mogelijk zijn.

Uit het eerste lid van artikel 12b, en/of uit de memorie van toelichting dient duidelijk te blijken of de wettelijke verklaring dat op de onderhavige bedingen de bepalingen omtrent giften van toepassing zijn is een wettelijk vermoeden, dus met mogelijkheid van tegenbewijs, dan wel een wettelijke fictie zonder die mogelijkheid. De Raad is geneigd zich uit te spreken voor het rechtskarakter van een wettelijk vermoeden.

Met de eerste zin van het tweede lid van artikel 12b – het vereiste van de notariële akte – kan de Raad geheel instemmen, doch het college heeft over-

wegende bezwaren tegen de tweede zin van dat tweede lid, waarin wordt bepaald dat het beding wordt aangemerkt als een legaat. Krachtens artikel 4.3.3.5 dienen immers de onderhavige bedingen te worden aangemerkt als giften van een voordeel, bestemd om pas na het overlijden ten volle te worden genoten.

Om dezelfde reden acht de Raad het in artikel 12c, tweede, derde en vierde lid bepaalde onjuist. De aanwijzing van een begunstigde of van erfgenamen als zodanig bij een sommenverzekering wordt volgens de artikelen 4.4.3.4a en 5 niet aangemerkt als een legaat, doch eveneens als de gift van een voordeel, bestemd om pas na het overlijden ten volle te worden genoten. Ook uit artikel 4.3.3.4a, hetwelk het verband legt met het onderhavige artikel 12c, blijkt niets van het door het tweede, derde en vierde lid, van artikel 12c aan de aanwijzing van een begunstigde bij sommenverzekering toegekende legaat-karakter.

Ten slotte geeft de Raad in overweging om in het tweede lid de woorden «in ieder geval» te schrappen. Indien immers de erflater een natuurlijke verbintenis zou hebben jegens zijn erfgenamen ontbreekt het voor schenkingen en giften geldende verrijkingsvereiste, terwijl bij aanwijzing van de erfgenamen als zodanig tot begunstigden eventueel ook het vrijgevigheidsvereiste zou kunnen ontbreken.

Doordat bij wijziging van het tweede, derde en vierde lid van artikel 12c de aanwijzing tot begunstigde en de uitkering krachtens een sommenverzekering niet meer worden beschouwd als een legaat maar als een gift, gelden de inkortingsregels van de artikelen 4.3.3.13 en 14, zodat het zevende lid van artikel 12c dient te worden geschrapt. De begunstigde is immers krachtens artikel 4.3.3.14, eerste lid, verplicht om het bedrag dat op zijn uitkering wordt ingekort aan de legitimaris – dus niet aan de nalatenschap – te vergoeden.

De Raad van State geeft U in overweging het wetsontwerp te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De Vice-President
van de Raad van State,
W. Scholten

