

Zitting 1981–1982

17 213

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

C

**NADER RAPPORT**

Aan de Koningin

's-Gravenhage, 19 november 1981

Blijkens mededeling van de Directeur van Uw Kabinet van 21 januari no. 65 machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies betreffende het bovenvermelde wetsontwerp rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 oktober 1981, no. 810923/7, moge ik U hierbij aanbieden. Een bespreking daarvan moge ik hierbij doen volgen.

1. Tot mijn genoegen stemt de Raad in met de strekking en opzet van het wetsontwerp en met de afschaffing van de huidige verouderde formele schenking van de artikelen 1703 e.v. B.W. De bedenkingen van de Raad tegen de artikelen 7.3.3–3a en 12a–12c zullen hieronder worden besproken, waarbij de nummering van het advies wordt gevolgd.

2. De Raad meent dat, zoals een overeenkomst van schenking steeds de instemming van de begiftigde vereist (zij het dat deze spoedig wordt aangenomen: artikel 7.3.1 lid 2), hetzelfde behoort te gelden voor andere giften dan schenkingen, bedoeld in artikel 7.3.12. Deze mening deel ik niet. Onder het begrip gift, bedoeld in artikel 7.3.12, kunnen ook vallen eenzijdige (rechts)handelingen of meezijdige rechtshandelingen waarbij de bevoordeelde geen partij is; men zie de toelichting (blz. 905) bij artikel 7.3.12, waar voorbeelden worden gegeven en

terecht wordt opgemerkt dat het hier om uiteenlopende gevallen gaat. In de voormelde gevallen zal artikel 7.3.1 lid 2 gelet op de aard van de handeling niet van overeenkomstige toepassing zijn (artikel 7.3.12 lid 1).

3. Vervolgens stelt de Raad de verhouding tussen artikel 7.3.12 lid 1 en de artikelen 6.5.1.4 en 5 aan de orde. Ik wijs erop dat artikel 6.5.1.5 bij het gewijzigde ontwerp van Boek 6 is geschrapt; men zie de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer (7729, zitting 1975–1976, nr. 6) blz. 198.

Artikel 7.3.12 lid 1 heeft naast artikel 6.5.1.4 een zelfstandige functie bij giften die niet zijn vervat in een overeenkomst met de begiftigde; ik verwijs naar het onder 2 opgemerkte. Maar ook voor giften vervat in een overeenkomst heeft het artikel een eigen functie naast artikel 6.5.1.4. Immers, het z.g. *negotium mixtum cum donatione* bij voorbeeld valt, anders dan de Raad meent, niet onder de omschrijving van artikel 7.3.1, zodat de artikelen 7.3.1–10 daarop – bij gebreke van artikel 7.3.12 lid 1 – niet krachtens artikel 6.5.1.4 van toepassing zouden zijn. Iets soortgelijks geldt voor een overeenkomst met een derdenbeding: op de overeenkomst zijn uiteraard de daarvoor geldende regels rechtstreeks van toepassing maar artikel 7.3.12 lid 1 is nodig om het eventuele gift-bestanddeel (het derdenbeding) onder het bereik van titel 7.3 te brengen.

Zou er overigens in een uitzonderingsgeval toch sprake zijn van een overlapping van de artikelen 6.5.1.4 en 7.3.12 lid 1, dan zal dat wel niet tot praktische moeilijkheden leiden. Zoals de Raad terecht opmerkt is het verschil tussen rechtstreekse en overeenkomstige toepassing van gering praktisch belang.

4. Het komt de Raad voor dat geen praktisch verschil bestaat tussen de giften met de strekking dat zij pas na het overlijden van de schenker zullen worden uitgevoerd (artikel 7.3.3 e.v.) en de giften van een voordeel bestemd om pas na het overlijden van de erflater ten volle te worden genoten (artikelen 4.3.3.4a lid 2, 5 onder c en 13 lid 3, tweede zin), zodat de Raad schrapping of wijziging van de artikelen 7.3.3b lid 1 en 3c voorstaat. Ik zou hierover het volgende willen opmerken.

De giften bedoeld in artikel 7.3.3 vormen een species van de laatstvermelde categorie giften. Niet tot dit species maar wel tot het genus behoren bij voorbeeld giften die tijdens het leven van de erflater zijn uitgevoerd, echter onder de ontbindende voorwaarde dat de begiftigde vóór de schenker overlijdt of waarbij de schenker zich de bevoegdheid tot herroeping heeft voorbehouden. Op deze giften zijn de artikelen 7.3.3–3c niet van toepassing (vgl. toelichting blz. 898, tweede en vierde alinea), doch zij behoren wel onder de voormelde artikelen van afdeling 4.3.3 te vallen.

Voor zover giften onder beide omschrijvingen vallen (derhalve tot het species van artikel 7.3.3 behoren), vloeit terecht uit het ontwerp voort dat de artikelen 7.3.3–3c van toepassing zijn voor zover zij van de artikelen 4.3.3.4a, 5 en 13 afwijken. Deze giften gelijken immers zozeer op legaten, dat de voor legaten geldende regels van toepassing behoren te zijn, zulks in het belang van de schuldeisers van de erflater, de legitimarissen en de somgerechtigden; men zie de toelichting bij artikel 7.3.3, blz. 897–898.

5. De Raad geeft in overweging de enigszins omslachtige artikelen 3a–3c niet van toepassing te verklaren op schenkingen als bedoeld in artikel 3 die bij notariële akte zijn aangegaan, c.q. om voor deze schenkingen steeds de vorm van een notariële akte voor te schrijven, en dan de artikelen 3a–3c te schrappen. Anders dan de Raad kan ik evenwel in het vereiste van een notariële akte (een vereiste dat overigens voor de meeste gevallen reeds voortvloeit uit artikel 3a lid 1) geen waarborg zien tegen benadeling van hen (schuldeisers van de erflater, legitimarissen en somgerechtigden) tot wier bescherming de genoemde artikelen strekken. Het ligt immers niet op de weg van de notaris te beletten dat een erflater voor hetgeen materieel een uiterste wilsbeschikking is de constructie van een schenking als bedoeld in artikel 7.3.3 kiest.

6. De Raad geeft in overweging de regel van artikel 6 lid 2 te schrappen tenzij uit enigerlei mededeling vanuit de notariële praktijk zou blijken dat aan handhaving van de «schenking over de hand» waarde wordt gehecht, in welk geval het vereiste van de notariële akte ware te handhaven. Ik stel mij voor hierover het gevoelen van de Koninklijke Notariële Broederschap in te winnen. De indiening van het wetsontwerp behoeft hierop niet te wachten.

7. De Raad wijst er terecht op dat de niet-toepasselijkheid van artikel 7.3.8 op «giften» met een tegenprestatie ook zonder de vermelding daarvan in artikel 7.3.12a wel uit artikel 7.3.12 lid 1 zou kunnen worden afgeleid. Nu deze vraag in de literatuur aan de orde is geweest heb ik er evenwel de voorkeur aan gegeven haar met zoveel woorden in de wet op te lossen. Hierbij zij bedacht dat met de geldigheid van een bewind vaak belangen van derden zijn gemoeid.

Over het tweede lid van artikel 12a merkt de Raad op dat niet is aangevoerd dat artikel 7.3.3a op de voormelde giften niet van overeenkomstige toepassing moet zijn. Ik moge in dit verband wijzen op de vierde alinea van de memorie van toelichting bij artikel 7.3.12a. De strekking van de artikelen 7.3.3–3c is bescherming van schuldeisers van de nalatenschap tegen bevoordelingen die inhoudelijk gelijk zijn aan legaten daar zij voor de erflater tijdens zijn leven geen vermogensoffer vormen.

In casu gaat het om giften, gelegen in een z.g. negotium mixtum cum donatione, een wederkerige overeenkomst met een element van bevoordeling. Indien de «begiftigde» aanbiedt dit voordeel ongedaan te maken is de benadeling van de schuldeisers geëcarteerd. Daar dit resultaat makkelijker bereikt kan worden uitgaande van een vernietigbaarheid dan van een nietigheid is hiervoor de eerste gekozen; men vergelijk de artikelen 3.2.17c, 6.5.2.12a en artikel 4.3.2.8 lid 4 (zoals voorgesteld in het derde gedeelte van de ontwerp-Invoeringswet Boeken 3–6).

Een soortgelijke motivering geldt voor lid 3, terwijl de voor de voormelde negotia mixta geldende gedachten-gang mutatis mutandis ook op de in lid 4 behandelde, mede als voldoening aan een natuurlijke verbintenis te beschouwen handelingen kan worden toegepast. De bijzondere bepalingen van artikel 12a zijn derhalve gerechtvaardigd; hun resultaat zou ook niet met behulp van artikel 7.3.12 lid 1 bereikt kunnen worden.

8. Naar aanleiding van artikel 12b lid 1 vraagt de Raad zich af of deze bepaling een «wettelijk vermoeden, met mogelijkheid van tegenbewijs, dan wel een wettelijke fictie zonder die mogelijkheid» inhoudt; hierbij denkt de Raad aan het (tegen)bewijs dat van vrijgevigheid geen sprake is. Zowel uit de formulering van de bepaling als uit de memorie van toelichting (m.n. de elfde alinea bij dit artikel) blijkt dat het tweede is beoogd. Hierbij zou ik overigens liever willen spreken van een onweerlegbaar vermoeden dan van een «wettelijke fictie», daar deze laatste term op een bewuste onwaarheid duidt terwijl de hier bedoelde bedingen giften kunnen doch niet behoeven te impliceren.

Voorts uit de Raad tegen artikel 7.3.12a lid 2, tweede zin, en tegen enige leden van artikel 7.3.12c hetzelfde bezwaar dat onder 4 aan de orde kwam; verwezen mag worden naar het aldaar betoogde.

Ten slotte geeft de Raad in overweging om in het tweede lid van laatstvermeld artikel de woorden «in ieder geval» te schrappen, daar de regel niet zou moeten gelden indien de aanwijzing van de erfgenamen als zodanig niet tot verrijking strekt. In de memorie van toelichting wordt evenwel betoogd dat de regel steeds behoort te gelden, omdat de hier bedoelde erfrechtelijke uitkeringen aan de erfgenamen als zodanig een quasi-erfrechtelijke verkrijging betekenen die aan verhaal c.q. inkorting door schuldeisers van de nalatenschap – inclusief legitimarissen en somgerechtigden – behoort bloot te staan. Iets anders is dat indien de uitkering kan worden beschouwd als voldoening van een natuurlijke verbintenis, zij pas na de andere (erfrechtelijke) verkrijgingen wordt verminderd c.q. ingekort, hetgeen uit de aanmerking als legaat voortvloeit; men zie de artikelen 4.3.3.12 lid 2 onder a jo artikel 4.2A.2.7 lid 4, artikel 4.4.2.4 lid 3 en artikel 4.4.2.4a lid 2.

Overigens wijs ik erop dat artikel 7.3.12c om andere redenen enigszins moest worden aangepast; hierbij zijn de woorden «in ieder geval» vervallen (zie thans lid 3), doch uit de formulering van de bepaling vloeit voort dat hiermee geen inhoudelijke wijziging is beoogd.

9. Uit het bovenstaande blijkt dat het advies van de Raad, althans in dit stadium (vgl. no. 6), niet tot wijziging of aanvulling van het ontwerp behoeft te leiden. Echter heeft nadere overweging inmiddels geleid tot het voorstellen van enige wijzigingen van niet principiële aard; ik verwijs naar de bijlage bij dit nader rapport.

10. Ik veroorloof mij U in overweging te geven, het hierbij gevoegde gewijzigde ontwerp van wet en de daarmee in overeenstemming gebrachte memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Justitie,  
J. de Ruyter