

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/53804>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-16 and may be subject to change.

# Postmortale inseminatie en het ongeborn kleinkind; een lastige bevoordeling?

In zijn interessante bijdrage ‘De door een testamentaire last bevoordeelden’ merkt Breemhaar op:

‘Anders dan recentelijk Van Gompel (...) acht ik de aanduiding van de persoon van de door een testamentaire last bevoordeelde met de term lastbevoordeelde minder verkieslijk. Het suggereert dat een testamentaire last net als een legaat ten behoeve van één of meer bepaalde personen zou kunnen worden gemaakt, terwijl mijns inziens juist de grond voor het verschil tussen het legaat en de testamentaire last daarin bestaat dat de testamentaire last anders dan het legaat niet ten behoeve van één of meer bepaalde personen wordt gemaakt.’

Dat een last in de zin van artikel 4:130 BW niet het meest geschikte instrument is om iemand te bevoordelen, geef ik onmiddellijk toe. Men zal iemand die men erfrechtelijk wenst te bedenken, immers ook een zodanige positie willen verschaffen dat hij nakoming van hetgeen hem is toebedacht, kan vorderen. Bij een last ontbreekt een dergelijke actie, hetgeen in de praktijk ertoe zal leiden dat men naar het legaat zal grijpen.<sup>1</sup> De ‘lastbevoordeelde’ zal in beginsel derhalve niet veel van zich doen spreken

onder het huidige erfrecht. Dit wil echter niet zeggen dat in voorkomende gevallen men niet moet grijpen naar de last *ten behoeve van* bepaalde personen. Dit is *niet onmogelijk*, zeker niet in die gevallen waar, als gevolg van de bestaanseis, een legaat geen soelaas *kan* bieden. De definitie van de last in artikel 4:130 BW geeft geen beperking, terwijl Breemhaar met de aangehaalde tekst suggereert dat een ‘lastbevoordeling’ ten behoeve van een bepaalde persoon niet mogelijk is. Analyseert men immers de definities van ‘legaat’ en ‘last’, dan blijkt dat het al dan niet ontbreken van een *vorderingsrecht* het onderscheidend criterium is.<sup>2</sup> In de gevallen dat men, bijvoorbeeld als paardenmiddel, een ongeborn kleinkind in de ‘ik-opa-clausule’ wil betrekken, dan zou dat met een last kunnen. Men doet er dan wijs aan om uitdrukkelijk te bepalen dat een vorderingsrecht ontbreekt, al was het maar om te laten zien dat men het verschil met het legaat begrepen heeft, en om aan te geven dat de positie van de lastbevoordeelde niet ideaal is.

<sup>1</sup> Zie ook F.W.J.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 195.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld Parl. Gesch. Vast. Boek 4, p. 781.

Het zijn niet alleen de estate planners die de last op creatieve wijze, als vangnet voor ongeborenen, inzetten bij de ‘ik-opaclusule’. Ook de minister is creatief en laat zien dat de lastbevoordeling in dit kader wel degelijk een functie heeft en mogelijk is.

In de memorie van toelichting op de Wet houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo’s (Embryowet)<sup>3</sup> schrijft hij:

‘Voor wat betreft het erfrecht geldt dat, teneinde als erfgenaam bij versterf te kunnen optreden, men moet bestaan op het ogenblik dat de nalatenschap is opengevallen (zie artikel 4:883 BW en voor het nieuwe erfrecht artikel 4.2.1 BW). Aangezien het kind ten tijde van het overlijden van de erflater zelfs nog niet verwekt is, zal het – door de nasciturus-regel van artikel 1:2 BW – niet als ten tijde van het openvallen van de nalatenschap reeds geboren kunnen gelden. Dit behoeft overigens niet te betekenen, dat het kind op geen enkele wijze voordelen uit de nalatenschap zou kunnen genieten. *Mogelijk is bijvoorbeeld dat bij uiterste wilsbeschikking aan de erfgenaam (de moeder van het kind) de last wordt opgelegd aan het kind uitkeringen te doen of bepaalde zaken uit de nalatenschap over te dragen. Om als lastbevoordeelde te kunnen*

*optreden behoeft men namelijk niet te bestaan op het ogenblik waarop de nalatenschap openvalt.*’ (cursivering FS)

Een praktisch voorbeeld van het inzetten van de last *ten behoeve van* kinderen die na het overlijden van vader verwekt worden door postmortale inseminatie.<sup>4</sup>

Overigens wordt ook in het wetsvoorstel houdende de zogenoemde ‘derde tranche’ in het huwelijksvermogensrecht<sup>5</sup> de lastbevoordeling als zodanig op verschillende plekken in de wettekst opgenomen. Ik doel onder meer op het voorgestelde artikel 1:94 BW. Zie ook de nieuwe ‘uitsluitingsclausule’ in artikel 1:121a BW.

Als slotakkoord verwijs ik nog naar de Parlementaire Geschiedenis betreffende het erfrecht en laat weer de minister aan het woord:<sup>6</sup>

‘Wijst de erflater *een bepaalde persoon* aan jegens wie een verplichting moet worden nagekomen dan is naar het ontwerp sprake van een legaat, *tenzij* de erflater het *voorderingsrecht* uitdrukkelijk zou hebben *onthouden*, hetgeen hem vrijstaat.’ (cursivering FS)

3 Kamerstukken II, 27 423, nr. 3, p. 20.

4 Zie ook Asser, Personen- en familierecht, nr. 748.

5 Wetsontwerp nr. 28 867.

6 Memorie van antwoord, 3771, nr. 133, p. 33. Zie ook J.B. Vegter, Bescherming familievermogens met behulp van eigendom ten titel van beheer, Preadvies KNB 2004, Bewind en aan bewind verwante vormen, p. 123.