

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/2066/73876>

Please be advised that this information was generated on 2019-01-21 and may be subject to change.

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip **Review**

Afl. 2008-33

15 oktober 2008

Erfrechtelijke binding en bindingsangst III **De schenking ter zake des doods als alternatief** **voor het herroepelijke legaat**

In *EstateTip Review* 2007-45 kwam de vraag aan de orde of er (voldoende) erfrechtelijke vrijheid bestond voor echtgenoten die, bijvoorbeeld in een tweede huwelijk, elkaar *niet* erfrechtelijk willen belemmeren. In het bijzonder was er aandacht voor de 'andere wettelijke rechten', en de vraag of men deze direct of indirect buiten spel kan zetten. De andere kant van de medaille betreft de zoektocht naar mogelijkheden voor erfrechtelijke *zekerheid* die een langstlevende echtgenoot zou willen hebben.

In *EstateTip Review* 2008-11 werd het theoretische kader verkend en in het bijzonder de vraag beantwoord in hoeverre artikel 4:4 lid 2 BW een belemmering vormt voor bindende regels ter zake des doods. Thans meer in concreto aan de slag.

Wil de langstlevende zekerheid omtrent het feit dat hij of zij erfrechtelijk bedacht wordt door de eerststervende, dan is een uiterste wilsbeschikking *geen* instrument, gelet op het feit dat een uiterste wilsbeschikking altijd te herroepen is. Wil men binden ter zake des doods, dan zal gegrepen moeten worden naar het overeenkomstenrecht en in het bijzonder naar de overeenkomst ter zake des doods. De belemmeringen die door artikel 4:4 lid 2 BW worden opgeworpen, vallen wel mee indien wordt gefocust op bepaalde goederen, zoals gezien in genoemde *EstateTip Review* 2008-11.

Het *bindende alternatief* voor een bevoordelend legaat is de *schenking/gift ter zake des doods*, welke schenking gezien kan worden als het vlaggenschip van het *quasi-erfrechtelijke denken*. Bij de door de wetgever bewust *niet* gebruikte term '*schenking ter zake des doods*', moet in dit kader niet alleen worden gedacht aan de schenking die is bedoeld in artikel 7:177 BW (schenkingen met de strekking pas bij overlijden te werken), maar meer in het algemeen aan een schenking of gift, waarbij de begiftigde het hem toebedachte *feitelijk* pas in handen krijgt bij het overlijden van de gever. Zie F.W.J.M. Schols, *Quasi-erfrecht met bindende elementen*, Radboud Universiteit Nijmegen, *Publicaties vanwege het Centrum voor Notarieel Recht* nr. 3, Deventer: Kluwer 2005.

Zo kan men ook als een schenking ter zake des doods aanmerken de schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, al dan niet met een volledige verterings-

bevoegdheid. Testamentaire vormvoorschriften (notarieel/persoonlijk) spelen hier geen rol anders dan bij de artikel 7:177-schenking (wij verwijzen naar de *EstateTip Review* van vorige week (2008-32)).

Een schenkingsovereenkomst is in beginsel *niet eenzijdig te herroepen* en de begiftigde ter zake des doods heeft meer zekerheid dan de legataris. Wel blijft vanzelfsprekend gelden dat ook de begiftigde ter zake des doods niet van een kale kip kan plukken. Is er wel nog iets te halen, dan biedt het algemene vermogensrecht soelaas (schadevergoeding). Al met al een prachtig alternatief voor het herroepelijke erfrecht. De schenking ter zake des doods kan *op maat* gesneden worden, indien een absolute onherroepelijkheid te ver gaat. Een schenking is onder het huidige recht niet meer per definitie onherroepelijk, zoals bekend. De schenking kan herroepelijk gemaakt worden door in de overeenkomst een ontbindende voorwaarde op te nemen. De vervulling van deze voorwaarde mag afhankelijk zijn van slechts de wil van de schenker. De herroepelijkheid kan ook nader genuanceerd worden. Denk hierbij aan de beperking van de herroeping tot, bijvoorbeeld, het geval van echtscheiding of de bepaling dat de herroeping slechts effect heeft indien de schenker het herroepingsmoment een bepaalde periode *overleeft*, zodat de quasi-legataris niet op het sterfbed alsnog bij de neus wordt genomen. Ook kan men aan de herroeping *vormvoorschriften* verbinden. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een herroeping die alleen mogelijk is door middel van een aangetekend schrijven gericht aan de quasi-legataris. Deze weet dan waar hij aan toe is en kan zondig maatregelen nemen.

Het lijkt allemaal op het intrappen van een open deur: iedereen kent de schenking ter zake des doods en past deze ook toe. De vraag is echter of deze figuur ook bewust wordt gebruikt als een onherroepelijk 'legaat', en in voorkomende gevallen *als alternatief* door de estate planner wordt *aangeboden*. De voorvraag dient te luiden: wilt u met of zonder binding testen? Zie hierover F.W.J.M. Schols, o.m. in *L'automne, de Indian Summer en erfrechtelijke binding*, Larcier Brussel 2007, p. 135 e.v.

Degenen die betogen dat er geen behoefte aan binding op erfrechtelijk niveau bestaat, nodigen wij uit tot het doen van een klein experiment: 'behandel' de partners erfrechtelijk eens niet tegelijkertijd. Laat de cliënten eens niet in elkaars bijzijn hun erfrechtelijke wensen kenbaar maken en laat hun testamenten gescheiden van elkaar tekenen. Zal men zenuwachtig worden? Waarom? Merken de notarissen-estate planners dat partners soms elkaars testament willen tekenen? Hoe zou dat komen? Denken zij aan een 'contract op de langstlevende'?

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols



Boom Juridische uitgevers

www.scholsburgerhartschols.nl

www.bju.nl

© 2008 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.