

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	146
Publicatiedatum	28-03-2015
Afleveringnummer	7056
Titel	Tweetrapsschenking met bewaarplicht, giraal geld en vruchten
Auteurs	Prof. mr. drs. J.W.A. Biemans, Hoogleraar Burgerlijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel recht, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht, vaste medewerker van het WPNR. (j.biemans@uu.nl) Met dank aan mr. M.C.W.H. van Valburch, kandidaat-notaris te Utrecht, voor zijn opmerkingen bij een eerdere versie.
Samenvatting	Aan de orde komt wie bij een tweetrapsschenking met bewaarplicht van giraal geld de vruchten toekomen indien daarover niets is bepaald, waaronder (overeenkomstige) toepassing van vruchtgebruikbepalingen, omvang van de schenking en uitleg van schenkingsakten.
Paginanummers	303-308
Rubriek	Artikel

WPNR 2015(7056) Tweetrapsschenking met bewaarplicht, giraal geld en vruchten

Tweetrapsschenking met bewaarplicht, giraal geld en vruchten

1. Inleiding: casus

Stel, de volgende casus doet zich voor. Een vader schenkt 1 miljoen euro aan zijn dochter onder de ontbindende voorwaarde en schenkt daarbij aansluitend aan haar kinderen onder opschortende voorwaarde, volgens welke het geschonkene op het tijdstip van het overlijden van zijn dochter (de bezwaarde) ten deel zal vallen aan haar kinderen (de verwachters), indien zij het aangewezen tijdstip overleven.[noot:1] Van de schenking is een notariële akte opgemaakt waarbij de vader persoonlijk compareerde. Aan de dochter is niet de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid toegekend.[noot:2] In de akte is niets bepaald omtrent de vruchten van de schenking. Na de schenking wordt 1 miljoen euro op de bankrekening van de dochter bijgeschreven. Kort daarna overlijdt vader.[noot:3] Het bedrag en de bijgeschreven rente blijven tien jaar onaangeroerd. De dochter vraagt zich na tien jaar af of zij recht heeft op de rente van het geschonken bedrag.

De schenking is een zogenaamde tweetrapsschenking (of 'fideïcommissaire schenking'). Aan het vormvereiste van art. 7:177 lid 1 BW (notariële akte waarbij de schenker in persoon

compareert) is - voor zover van belang - voldaan. Omdat aan de dochter niet de vervreemdings- en verteringsbevoegdheid is toegekend, is sprake van een tweetrapschenking met bewaarplicht. De contractuele rentevergoedingen die worden bijgeschreven op de bankrekening zijn naar verkeersopvattingen aan te merken als de burgerlijke vruchten van het geschonken geldbedrag (art. 3:9 lid 2 BW).[noot:4]

Op de vraag of de dochter (als bezwaarde) in haar verhouding tot haar kinderen (als verwachters) recht heeft op de rente van het geschonkene geeft het Burgerlijk Wetboek geen antwoord. Een bevestigend antwoord lijkt voor de hand te liggen, maar een onderbouwing daarvan is minder eenvoudig dan op het eerste gezicht gedacht wordt. Twee routes kunnen worden gevolgd. Uiteindelijk is de beantwoording van de vraag een kwestie van uitleg van de bedoeling van de schenker, waarbij de beide routes evenwel richting kunnen geven aan de meest waarschijnlijke bedoeling in het geval dat de schenker inmiddels is overleden.

2. Eerste route. Overeenkomstige toepassing van de bepalingen van vruchtgebruik

De stelling dat de dochter als bezwaarde in haar verhouding tot haar kinderen als verwachters recht op de rente heeft kan ten eerste worden onderbouwd door op de tweetrapschenking met bewaarplicht de bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing te verklaren. Dit wordt hieronder nader toegelicht.

Op grond van de wet zijn de bepalingen van vruchtgebruik niet van (overeenkomstige) toepassing op een tweetrapschenking. Bij vergelijkbare rechtsfiguren is dat wel het geval. Bijvoorbeeld, op een schenking onder opschortende *tijdsbepaling* zijn de bepalingen van vruchtgebruik op grond van art. 3:85 BW van toepassing; op een tweetrapsersfstelling zijn deze bepalingen op grond van art. 4:138 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de overeenkomstige toepassing van de bepalingen van vruchtgebruik op de tweetrapschenking niet (zonder meer) heeft beoogd. Art. 7:180 BW verklaart daarop wél art. 4:140 lid 1 en 4:141 BW, maar niet art. 4:138 leden 2 en 3 BW van overeenkomstige toepassing. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit een bewuste keuze is geweest.[noot:5] In eerste instantie bevatte het huidige art. 7:180 BW (destijds art. 7:181 BW) een derde lid dat leden 2 en 3 van art. 4:138 BW van overeenkomstige toepassing verklaarde op voorwaardelijke schenkingen na dode.[noot:6] Dit derde lid is uiteindelijk vervallen. Bij tweetrapschenkingen wordt de verhouding tussen de bezwaarde en de verwachter overgelaten aan, kort gezegd, de schenker.[noot:7] Het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 4:138 leden 2 en 3 BW bleek bij nadere afweging met name niet passend in het geval dat de bezwaarde bij de vervulling van de voorwaarde het goed dient door te leveren aan de verwachter en derhalve slechts een verbintenisrechtelijke verplichting tot doorlevering bestaat, aldus de wetgever. De overeenkomstige toepasselijkheid van de goederenrechtelijke regels van vruchtgebruik als algemene regel zou volgens de wetgever te ver gaan. Nog overwogen is een regeling waarin deze (overeenkomstige) toepasselijkheid wordt beperkt tot de situatie dat ter uitvoering van de schenking levering op de voet van art. 3:84 lid 4 BW heeft plaatsgevonden zowel aan de bezwaarde als aan de verwachter en waarin de verhouding tussen beiden derhalve niet slechts verbintenisrechtelijk van aard is. Vanwege het tamelijk complexe karakter en het beperkte toepassingsgebied van een zodanige regeling heeft de wetgever de voorkeur gegeven om de materie over te laten aan 'de schenking'. [noot:8] De uitleg van de schenkingsakte is derhalve beslissend, hetgeen in de regel zal neerkomen op de vaststelling van de bedoeling van de schenker.[noot:9]

Betreft het een tweetrapschenking van giraal geld, zoals in het onderhavige geval, dan zal slechts een *verbintenisrechtelijke* verplichting tot doorbetaling van het geschonken geld kunnen bestaan, zoals hiervoor bedoeld. Een girale betaling is een abstracte rechtshandeling

en volgt niet de regels van art. 3:84 BW.[noot:10] Een goederenrechtelijke levering van giraal geld ex art. 3:84 lid 4 BW aan de bezwaarde en de verwachter is niet mogelijk. Het beoogde rechtsgevolg dat de bezwaarde slechts gerechtigd is tot het geschonkene 'onder ontbindende voorwaarde' heeft bij een girale betaling dus alleen verbintenisrechtelijke werking. In zijn verhouding tot de verwachter heeft de bezwaarde goederenrechtelijk gezien een onvoorwaardelijk recht op het girale saldo.[noot:11] Verricht de bezwaarde een girale betaling vanaf de bankrekening waar het geschonkene op is geadministreerd, dan verkrijgt de ontvanger van die girale betaling daarop een onvoorwaardelijk recht.[noot:12] Bij het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde heeft de verwachter 'slechts' een verbintenisrechtelijke vordering tot girale doorbetaling van het geschonkene.[noot:13]

De beslissing van de wetgever om de bepalingen van vruchtgebruik niet van overeenkomstige toepassing te verklaren op de tweetrapschenking verdient m.i. niet de voorkeur. De bijzondere rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter vraagt om een nadere inkleuring. Het eventuele 'verbintenisrechtelijke' karakter van de rechtsverhouding staat niet in de weg aan het van *overeenkomstige* toepassing verklaren van de bepalingen van vruchtgebruik (zie par. 3.3). Als de regels van vruchtgebruik niet van overeenkomstige toepassing zijn, is bovendien onduidelijk wat tussen partijen geldt. Een tweetrapschenking waarbij de bezwaarde niet gerechtigd zou zijn tot de vruchten, heeft voor de bezwaarde geen toegevoegde waarde.[noot:14] Hij wordt, in de woorden van Blokland, (volledig) 'klem' gezet.[noot:15] Hij heeft dan niet méér dan een verplichting om het geschonkene te bewaren en in stand te houden (en bij overlijden door te betalen aan de verwachters). De bezwaarde is in dit geval niet meer dan een bewaarder en beheerder (een trustee) van het geld ten behoeve van de verwachters (als 'beneficiaries'). De schenker heeft dan alleen de belangen van de verwachters op het oog gehad.

Als de schenker besluit om de wettelijke bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing te verklaren, mag hij daarbij m.i. selectief te werk gaan. Hij mag er derhalve voor kiezen om bepalingen die binnen de regeling van vruchtgebruik als dwingend recht worden beschouwd niet van toepassing te verklaren.[noot:16]

3. (Overeenkomstige) toepassing van de bepalingen van vruchtgebruik op giraal geld nader bezien

3.1. Inleiding

Het belangrijkste gevolg van de eventuele overeenkomstige toepasselijkheid van de bepalingen van vruchtgebruik is dat op grond van art. 3:201 en 3:216 BW de bezwaarde (de 'vruchtgebruiker'), in zijn verhouding tot de verwachter (de 'hoofdgerechtigde'), gerechtigd is tot alle vruchten die tot de vervulling van de voorwaarde ('tijdens het vruchtgebruik') afgescheiden of opeisbaar worden. Het antwoord op de vraag of de dochter gerechtigd is tot de rente van het geschonken bedrag is daarmee gegeven.

Door de overeenkomstige toepasselijkheid krijgt de onderlinge rechtsverhouding tussen de dochter en de kinderen ook in andere opzichten nader gestalte. Bij de uitwerking daarvan dient mede de aard van het geschonken goed (giraal geld) betrokken te worden. In dat verband zie ik eerst wat rechtens is als een recht van vruchtgebruik wordt gevestigd op het 'girale geld', dat wil zeggen: als een recht van vruchtgebruik wordt gevestigd op de vordering uit hoofde van de rechtsverhouding met de kredietinstelling ('bank') waar de rekening (waarop het saldo is geadministreerd) wordt aangehouden. Vervolgens kom ik toe aan de overeenkomstige toepasselijkheid van de bepalingen van vruchtgebruik.

3.2. Recht van vruchtgebruik op giraal geld

Bij de vestiging van een recht van vruchtgebruik op giraal geld geldt het volgende. Gelet op

de eis van vermogensafzondering (art. 3:211 lid 2 BW) ligt het openen van een afzonderlijke bank(spaar)rekening voor de hand, waarop het geschonken geldbedrag kan worden geadmireerd en de rente kan worden ontvangen.[noot:17] Omdat de verwachters de gezamenlijke rechthebbenden van het geschonken bedrag zijn, dient de bankrekening op hun naam te worden gesteld. Op de vordering uit hoofde van de bankrekening kan vervolgens een (openbaar) recht van vruchtgebruik worden gevestigd ten behoeve van de bezwaarde. [noot:18] Door de mededeling aan haar is de bank op de hoogte van de rechtsverhouding tussen de bezwaarde en de verwachter(s).

Op grond van het vruchtgebruik is de bezwaarde beheers- en inningsbevoegd (art. 3:207 lid 2 en 3:210 lid 1 BW). Op grond van zijn beheersbevoegdheid kan de bezwaarde het saldo bijvoorbeeld op een andere spaarrekening laten administreren met een hogere rente of akkoord gaan met een wijziging van de algemene voorwaarden. Op grond van zijn inningsbevoegdheid kan de bezwaarde onder andere geld opnemen, girale betalingen van derden ontvangen, (in en buiten rechte) betaling van rente eisen en in een onverhoopt faillissement van de bank (vgl. DSB, Van der Hoop) een vordering ter verificatie indienen. [noot:19]

Gelet op de aard van het goed leent het giraal geld zich niet voor 'gebruik' (art. 3:201, 3:207 lid 1 BW).[noot:20] De bezwaarde is alleen met toestemming van de verwachter(s) of met machtiging van de kantonrechter bevoegd om ten laste van de hoofdsom girale betalingen te verrichten naar rekeningen van derden.[noot:21] Een dergelijke handeling is een beschikkingshandeling en meer in het bijzonder een 'vervreemdingshandeling' in de zin van art. 3:212 lid 3 BW. Uit de toepasselijkheid van de Algemene Bankvoorwaarden volgt dat het saldo aan de bank is verpand (art. 24 lid 1 ABV). In de administratie van het saldo op een bankrekening ligt de (impliciete) toestemming van verwachters besloten, zodat aan de eis van art. 3:212 lid 3 BW ter zake van de bezwaring van het goed is voldaan.

Over het bedrag van de rente kan de bezwaarde vrijelijk beschikken; hij is daarvan immers de rechthebbende. De bezwaarde kan het rentebedrag vrijelijk overmaken naar een andere rekening die op zijn naam staat.[noot:22]

3.3. Overeenkomstige toepassing van de bepalingen van vruchtgebruik

Als de bepalingen van vruchtgebruik slechts van *overeenkomstige* toepassing (kunnen) zijn, zoals bij een tweetrappsschenking, wordt géén recht van vruchtgebruik gevestigd. De overeenkomstige toepasselijkheid leidt in beginsel tot een vergelijkbaar resultaat, met enkele verschillen, die hieronder worden besproken.

Gelet op de eis van vermogensafscheiding dient een afzonderlijke bankrekening te worden geopend; omdat de bezwaarde de rechthebbende van het banksaldo is, dient deze bankrekening op naam van de bezwaarde te worden gesteld. In zijn externe verhouding tot de kredietinstelling is de bezwaarde gerechtigd en bevoegd op grond van zijn hoedanigheid van rekeninghouder. Op grond daarvan is hij bijvoorbeeld gerechtigd tot de hoofdsom en de rente[noot:23] en bevoegd om (zonder beperkingen) girale betalingen te verrichten.[noot:24] In zijn interne verhouding tot de verwachter(s) is hij echter alleen gerechtigd tot de rente (art. 3:216 BW) en dient hij de hoofdsom te bewaren als aan hem niet de bevoegdheid tot vertering en vervreemding is toegekend, zoals in het hier besproken geval. Uit de overeenkomstige toepassing van de bepalingen van vruchtgebruik volgt een interne begrenzing van zijn bevoegdheden als rekeninghouder. Gelet op de discrepantie tussen de rechten en bevoegdheden van de bezwaarde 'extern' en 'intern'[noot:25] verdient het de voorkeur dat de bank daarover wordt ingelicht en/of op andere wijze wordt voorkomen dat de bezwaarde vrijelijk over de hoofdsom kan beschikken. Een praktische vertaalslag van art. 3:212 lid 3 BW in dit verband is om de bankrekening waar het saldo zich op bevindt te laten blokkeren tot het bedrag van het geschonkene, en de bank te instrueren dat zij ten aanzien van de hoofdsom alleen girale betalingsopdrachten met (schriftelijke) toestemming van de

verwachter of met machtiging van de kantonrechter mag verrichten. Om een mogelijk insolventierisico van de bezwaarde te omzeilen kan ook worden overwogen om het saldo op een en/en-rekening te laten administreren ten name van de bezwaarde én de verwachter(s).

4. Tweede route. De schenking ziet alleen op de hoofdsom, niet op de rente

In de literatuur vóór de invoering van het BW (in het bijzonder titel 7.3 BW) is verdedigd dat een tweetrapsschenking met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid alleen betrekking heeft op de hoofdsom, maar niet op de rente, omdat de schenker niet *kan* beschikken over de vruchten. De vruchten die voor de vervulling van de voorwaarde opeisbaar worden, komen daarom toe aan de bezwaarde en vallen buiten het fidei-commissaire vermogen. Zijn de vruchten nog niet verteerd op het moment van de vervulling van de voorwaarde, dan komen zij om die reden ook aan de bezwaarde toe.[noot:26]

Wordt deze redenering toegepast op de tweetrapsschenking met bewaarplicht, dan komen aan de bezwaarde ook zonder nadere bepaling in de schenkingsakte de vruchten toe. De overeenkomstige toepasselijkheid van de vruchtgebruikbepalingen heeft in dit kader weinig of geen toegevoegde waarde. De opvatting zou een uitkomst bieden om, bij gebrek aan een bepaling daarover in de schenkingsakte, aan de bezwaarde de vruchten toe te laten komen. [noot:27]

In tegenstelling tot de hiervoor genoemde literatuur[noot:28] wordt in de literatuur onder het huidige recht ten aanzien van de uitsluitingsclausule aangenomen dat een schenker wél over de vruchten kan beschikken en hij derhalve kan bepalen dat óók de vruchten buiten de gemeenschap zullen vallen.[noot:29] In het verlengde daarvan is verdedigbaar dat de schenker kan bepalen dat óók de vruchten in het kader van een tweetrapsschenking aan de verwachter toekomen en in het fidei-commissaire vermogen vallen. Als de schenker daarover niets heeft bepaald, zou kunnen worden aangenomen dat de vruchten niet *van rechtswege* in het fidei-commissaire vermogen vallen, maar geheel zeker is dat niet.[noot:30] Het zal daarom met name een kwestie van uitleg zijn wat de schenker heeft bedoeld.

5. Nadere regeling in de schenkingsakte is vereist

In de parlementaire geschiedenis (par. 2) wordt opgemerkt dat het aan “de schenking” is om te bepalen of de regels van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing zijn of niet. Dit betekent in feite dat het aan de *partijen* bij de schenking is, en meer in het bijzonder aan de schenker,[noot:31] zoals bijgestaan door de notaris, om te bepalen of de regels van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing zijn of niet. Hetzelfde geldt voor een eventuele (alternatieve) bepaling of de vruchten deel uitmaken van het fidei-commissaire vermogen. De notaris die de notariële schenkingsakte opstelt dient de schenker hierop te wijzen en hem daarover voor te lichten. Het is van belang om een uitdrukkelijke bepaling over de vruchten op te nemen. De schenker dient verder aan te geven of hij ook de andere bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing wil verklaren op de schenking, en zo ja, welke bepalingen. Gebeurt dat niet, dan kan dat later tot onduidelijkheden leiden.

6. Uitleg van de schenkingsakte

Als in de schenkingsakte niets is bepaald over de rente, dient de bedoeling van de schenker door *uitleg* te worden vastgesteld. Deze uitleg vindt in beginsel plaats op grond van het Haviltex-criterium.[noot:32] Dit geldt ook ten aanzien van schenkingsakten, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis.[noot:33] Is de schenker inmiddels overleden, dan zal de bedoeling van de schenker minder eenvoudig kunnen worden vastgesteld en zal de akte

(noodgedwongen), om processuele redenen, naar meer objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd.[noot:34] Bij de uitleg van de schenkingsakte kunnen eerdere concepten een rol spelen.[noot:35]

Indien op grond van uitleg wordt vastgesteld dat de schenker de bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing heeft willen verklaren, volgt daaruit dat aan de bezwaarde de rente van het giraal geld toekomt. Is in de schenkingsakte uitdrukkelijk bepaald dat aan de bezwaarde *niet* de verterings- en vervreemdingsbevoegdheid toekomt, dan is dat naar mijn mening een sterke aanwijzing dat de schenker heeft bedoeld dat de bepalingen van vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing zijn.[noot:36] Daaruit kan dan vervolgens worden afgeleid dat het de bedoeling van de schenker is geweest dat aan de bezwaarde de vruchten van het geschonkene toekomen. Als uit de akte blijkt dat de schenker kennelijk heeft bedoeld dat alleen de hoofdsom wordt geschonken, komt men voor wat betreft de rente tot hetzelfde resultaat. Deze uitleg heeft niet betrekking op de overeenkomstige toepasselijkheid van de bepalingen van vruchtgebruik, maar op de omvang van de schenking. Is aan de tweetrapschenking een uitsluitingsclausule verbonden, waarbij in afwijking van art. 1:94 lid 4 BW is bepaald dat de vruchten in de huwelijksgemeenschap vallen, dan volgt daaruit dat de vruchten geen onderdeel uitmaken van het fidei-commissaire vermogen.[noot:37]

Bij de uitleg van de schenkingsakte kan worden betrokken dat bij vergelijkbare rechtsfiguren de bepalingen van vruchtgebruik van (overeenkomstige) toepassing zijn (par. 2) en dat onder oud recht werd aangenomen dat een tweetrapschenking alleen betrekking kon hebben op de hoofdsom en derhalve niet op de vruchten (par. 4), en dat de schenker zich (mede) daarom niet heeft gerealiseerd dat hij een uitdrukkelijke keuze moest maken, en dus heeft bedoeld dat de rente aan de bezwaarde zou toekomen. Ook kan worden meegewogen dat een tweetrapschenking met bewaarplicht zonder recht op de vruchten voor de bezwaarde geen toegevoegde waarde heeft (par. 2). Als dat de bedoeling van de schenker is geweest, dient dat uitdrukkelijk in de schenkingsakte te zijn vermeld, zo is verdedigbaar.

Komen partijen niet tot een praktische oplossing (bijvoorbeeld een vaststellingsovereenkomst tussen de bezwaarde en de verwachter), dan beslist bij een geschil uiteindelijk de rechter. In het kader van een procedure kan de notaris die bij het opstellen van de schenkingsakte was betrokken als getuige worden gehoord om tekst en uitleg te geven over de bedoelingen van de schenker.[noot:38] Hij kan zich in beginsel op zijn verschoningsrecht beroepen ten aanzien van hetgeen partijen aan hem hebben medegedeeld. Het criterium is of hetgeen aan de notaris is medegedeeld als aan hem toevertrouwd heeft te gelden. Of daarvan sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Als de totstandkoming van een overeenkomst onder leiding van de notaris tot vastlegging in een akte heeft geleid, heeft hij in een geschil tussen partijen geen verschoningsrecht.[noot:39] Naar mijn mening kan een notaris zich op grond hiervan bij een tweetrapschenking ter zake des doods niet op zijn verschoningsrecht beroepen.

7. Conclusie

Op verschillende wijzen kan tot de conclusie worden gekomen dat een bezwaarde het recht heeft op de vruchten bij een tweetrapschenking. Uiteindelijk is de wil van de schenker beslissend, die bij zijn overlijden door middel van uitleg van de schenkingsakte dient te worden vastgesteld.

[1]

De schenking kan tevens de strekking hebben dat zij pas na het overlijden van de vader zal worden uitgevoerd, maar dit element is niet van belang. In dat geval zou tevens sprake zijn van een quasi-legaat (art. 4:126 BW). Zie daarover F.W.J.M. Schols, Quasi-erfrecht, met

bindende elementen (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 2005.

[2]

Volgens Stollenwerck schijnt een dergelijke fideïcommissaire schenking de residuo in de praktijk nauwelijks voor te komen, zie A.H.N. Stollenwerck, *Het fideïcommis de residuo* (diss. Nijmegen; Serie Ars Notariatus XXXIV), Deventer: Kluwer 1986, p. 18. In dezelfde zin over de tweetrapschenking met bewaarplicht, P. Blokland, 'Schenking en gift', in: A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 166. Zie daarin (par. 4.8) tevens over de fiscale aspecten van de tweetrapschenking, die in deze publicatie achterwege blijven. Zie voorts o.a. F. Sonneveldt & J.B. Vegter, 'De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 bezien (I) en (II)', *WPNR* (2006) 6679 en *WPNR* (2006) 6680. Zie recentelijk over de fideïcommissaire making, R. Brinkman, *Het fideïcommis in de notariële rechtspraktijk* (diss. Groningen; Serie Familie & Recht 11), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014. Zie voor het Belgisch recht, N. Geelhoed, 'De schenking *de residuo* en de inkomsten', in F. Swennen & R. Barbaix (red.), *Over Erven (Liber Amicorum Mieken Puelinckx-Coene)*, Mechelen: Wolters Kluwer 2006, p. 179-233.

[3]

Het is ook denkbaar dat het een schenking ter zake des doods betreft, die wordt uitgevoerd na het overlijden van de vader.

[4]

Zie ook HR 18 oktober 2013, *NJ* 2014/214.

[5]

Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 17 213, nr. 7, p. 3-4. Vgl. ook Asser/Perrick 2 2013/286; en L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 663-664 (XVIII.6).

[6]

Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 17 213, nr. 4, p. 2 en 6. Vergelijk ook *Kamerstukken II* 1992-1993, 17 141, nr. 12, p. 52-54, alwaar wordt ingegaan op de kritiekpunten van A.H.N. Stollenwerck, *Het fideïcommis de residuo* (diss. Nijmegen; Serie Ars Notariatus XXXIV), Deventer: Kluwer 1986; alsmede J.B. Vegter, 'Het nieuwe schenkingsrecht', *WPNR* (1999) 6373, p. 729-730.

[7]

Hetzelfde geldt overigens voor tweetrapslegaten. Vgl. o.a. A.H.N. Stollenwerck, 'Over het graf heen: fideï-commissaire making of tweetrapsmaking', *FTV* 2007/24, par. 6 en 9.2 (fine).

[8]

Zie *Kamerstukken II* 2000-2001, 17 213, nr. 7, p. 3-4. Vgl. *Kamerstukken II* 1992-1993, 17 141, nr. 12, p. 53-54; F. Sonneveldt & J.B. Vegter, 'De gift over de hand, civielrechtelijk en in het licht van de Successiewet 1956 bezien (I). Civielrechtelijke vormgeving van de gift over de hand', *WPNR* (2006) 6679, par. 2, 6 en 7; en L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 274 (IX.3.5).

[9]

Omdat een schenking als overeenkomst een meerzijdige rechtshandeling is, speelt strikt genomen ook de bedoeling van de begiftigde een rol. Bij een schenking echter zal, net als bij een uiterste wilsbeschikking, de bedoeling van de schenker voorop staan. Dit geldt met name voor een schenking ter zake des doods.

[10]

Wordt bijvoorbeeld de titel van betaling vernietigd, dan komt niet van rechtswege met terugwerkende kracht (art. 3:53 BW) de girale betaling te vervallen, maar heeft de gerechtigde alleen een verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de bankrekeninghouder op grond van onverschuldigde betaling (art. 6:203 e.v. BW). Zie nader J.W.A. Biemans, 'Causa, oorzaak, titel en rechtshandeling', *WPNR* (2010) 6863, par. 4.4.

[11]

Jegens de bank heeft de bezwaarde een verbintenisrechtelijke aanspraak.

[12]

Men komt derhalve niet toe aan een beroep op bepalingen van derdenbescherming (bijvoorbeeld art. 3:86 BW) zoals omschreven door L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 289-290 (IX.3.9).

[13]

Een tussentijds faillissement van bezwaarde heeft tot gevolg dat het saldo in de faillissementsboedel verdwijnt. De verwachter heeft slechts een concurrente vordering jegens de faillissementsboedel heeft. Vgl. HR 13 juni 2003, *NJ* 2004/196 (ProCall).

[14]

Uit de parlementaire geschiedenis lijkt bovendien te volgen dat de wetgever van mening is geweest dat op grond van het voorwaardelijke karakter van het recht van de bezwaarde volgt dat de bezwaarde daarover ook niet tussentijds mag beschikken zonder toestemming van de verwachter of machtiging van de kantonrechter (vgl. art. 3:212 lid 3 BW). Zie M.v.T., *Parl. Gesch. Boek 4 (Inv.)*, p. 2045.

[15]

Zie P. Blokland, 'Schenking en gift', in: A.R. Autar e.a. (red.), *Compendium Estate Planning*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 166, met betrekking tot een tweetrapschenking met bewaarplicht, in welk geval de bezwaarde in ieder geval nog de vruchten kan genieten.

[16]

Hij heeft daartoe de vrijheid omdat de eventuele overeenkomstige toepasselijkheid volledig aan de partijautonomie is overgelaten. Als de vruchtgebruikbepalingen op grond van de wet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard, dan ligt dat mogelijk anders. Vgl. de discussie met betrekking tot erfstellingen onder voorwaarde, waarover L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 292 e.v. (IX.3.11 e.v.). Vgl. ook A.H.N. Stollenwerck, 'Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking', *FTV* 2007/24.

[17]

Art. 3:212 BW geldt ook voor geldsommen, zie T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 639 en p. 658. In het navolgende ga ik ervan uit dat die bankrekening een spaarrekening is en dat de

rekeninghouder alleen door het verrichten van girale betalingen over de spaarrekening kan beschikken en derhalve niet door het opnemen van chartaal geld.

[18]

Zie art. 3:94 lid 1 jo 3:98 BW. Zie over de mogelijkheid van een stil recht van vruchtgebruik ex art. 3:94 lid 3 jo 3:98 BW, J.W.A. Biemans, 'Het stil recht van vruchtgebruik', *WPNR* (2006) 6653, p. 99-101.

[19]

Zie nader J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 63 e.v., 191 en 761 e.v.

[20]

Onder het gebruik valt niet de beschikking over of het beheer of de inning van de vordering. Zie nader J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 65), Deventer: Kluwer 2011, nr. 65 en 443; en de toelichting bij Richtlijn 2009/44/EG van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft.

[21]

Dit is anders in het (hier niet aan de orde zijnde) geval dat aan de bezwaarde de bevoegdheid is toegekend om het banksaldo te verteren en onvoorwaardelijk te vervreemden (zie art. 3:215 BW, vgl. art. 4:138 lid 2 tweede zin BW.)

[22]

Ten aanzien van deze rente bestaat geen goederenrechtelijk recht bij de verwachters of een verbintenisrechtelijke doorbetalingsverplichting van de bezwaarde.

[23]

Vgl. art. 6:142 lid 2 BW, en voor zaken, art. 5:1 lid 3 BW.

[24]

Vgl. voor een erfstelling onder voorwaarde art. 4:138 lid 1 BW, waaruit volgt dat de bezwaarde als de uitsluitend rechthebbende wordt aangemerkt voor zover het betreft de door en tegen derden uit te oefenen rechten en rechtsvorderingen.

[25]

Namelijk, in zijn verhouding tot de bank (extern) enerzijds en die in zijn verhouding tot de verwachter(s) (intern) anderzijds.

[26]

Zie J.J.M. de Vries, 'Beantwoording rechtsvraag met betrekking tot instelling van fideï-commis de residuo', *WPNR* (1985) 5731, p. 206; J.J.M. de Vries, *WPNR* (1985) 5752, p. 602-603; A.H.N. Stollenwerck, *Het fideïcommis de residuo* (diss. Nijmegen; Serie *Ars Notariatus XXXIV*), Deventer: Kluwer 1986, p. 88.

[27]

Zie A.H.N. Stollenwerck, 'Over het graf heen: fidei-commissaire making of tweetrapsmaking, *FTV* 2007/24, par. 9.2: "Voordelen die de fidei-commissaire goederen opleveren, behoren ook tot het fidei-commissaire vermogen tenzij ze als vruchten zijn te beschouwen."

[28]

Ten aanzien van de tweetrapschenking met vervreemdings- en verteringsbevoegdheid.

[29]

Zie o.a. Asser/De Boer 1* 2010/320; W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, m.m.v. C.G. Breedveld-de Voogd, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 41; en E.E.A. Luijten & W.R. Meijer, Klaassen-Eggens. *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 175, met verdere literatuurverwijzingen. Vgl. voorts M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding, Algemeen deel A*, Deventer: Kluwer 2014, par. 7.6. Anders: A.L.G.A. Stille, '(On)gemene vruchten en de uitsluitingsclausule in het nieuwe erfrecht', *WPNR* (2005) 6618. Op grond van het huidige art. 1:94 lid 4 BW vallen de vruchten ook buiten de gemeenschap en is de discussie of het mogelijk is om deze vruchten buiten de gemeenschap te houden in zoverre achterhaald.

[30]

Een wettelijke bepaling zoals art. 1:94 lid 4 BW ontbreekt.

[31]

Gelet op de aard en de totstandkoming van de overeenkomst (art. 7:175 lid 2 BW) zal de begiftigde in de meeste gevallen buiten beschouwing blijven.

[32]

Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Haviltex).

[33]

Zie *Kamerstukken II* 2000/2001. 17 213, nr. 6, p. 4; vgl. Rb. Breda 20 november 2008, *ECLI:NL:RBBRE:2008:BG6295*, r.o. .4.3; en L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 648 (par. XVIII 3.2.3).

[34]

Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten* (Cahiers Privaatrecht), Nijmegen: Ars Aequi 2009, par. 2.3.4.

[35]

Zie Hof Den Haag 20 mei 2014, *ECLI:NL:GHDHA:2014:1617*.

[36]

Hetzelfde geldt indien verwijzingen naar andere bepalingen uit de regeling van vruchtgebruik voorkomen.

[37]

Uit het omgekeerde geval, namelijk een tweetrappsschenking met uitsluitingsclausule die ten tijde van het oude art. 1:94 lid 4 BW is gemaakt en waarbij is bepaald dat de vruchten ook buiten de huwelijksgemeenschap blijven, kan naar mijn mening niet worden afgeleid of de schenker de bedoeling heeft gehad dat de vruchten wel of niet in het fideï-commissaire vermogen vallen.

[38]

Zie J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2011, par. 13.2.1; en R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi 2009, par. 4.4.

[39]

Zie o.a. HR 25 september 1992, *NJ* 1993/467 (Tomol/notaris Van Eijck); en HR 11 maart 1994, *NJ* 1995/3 (The Kilbarr Corporation).