Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

FAMILIE & RECHT

DOI: 10.5553/FenR/.000014

Het legaat met keuzemogelijkheid en 'het verbod van willekeur'

Nathalie Bauduin

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel
Nathalie Bauduin, 'Het legaat met keuzemogelijkheid en 'het verbod van willekeur'', *Familie & Recht*, januari 2014, DOI: 10.5553/FenR/.000014

I Inleiding

Willekeur, in ons dagelijks leven lijken we er vaak mee te worden geconfronteerd. Het is als de natuurlijke besluiteloosheid waardoor je uit een schaal bitterballen de ene en niet de andere bitterbal kiest. Of als het simpelweg kijken naar een programma dat 'toevallig' is te zien op de tv in de wachtruimte van de tandarts. Willekeur, ik kwam er onlangs nog mee in aanraking bij een cursus. Ik diende een korte presentatie te geven over een *willekeurig* onderwerp. Maar wat is een willekeurig onderwerp eigenlijk, zo vroeg een van de deelnemers zich af. Mijn oren waren meteen gespitst, want al enige tijd worstel ik met eenzelfde 'filosofische' vraag. Een vraag die zich niet toespitst op het leven van alledag, maar eentje die speelt voor na het overlijden: '*Wanneer is een uiterste wilsbeschikking afhankelijk van andermans willekeur?*' Deze vraag werd mij ingegeven door een passage uit de parlementaire geschiedenis van Boek 4 BW, waarin het *legaat met keuzemogelijkheid* werd toegestaan:

> 'Het derde lid van artikel 4.3.1.2 [thans art. 4:42 lid 3 BW, toev. NB] regelt uitdrukkelijk dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt. Daarmee blijft de mogelijkheid bestaan dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. *Wat de erflater niet is toegestaan is zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander* [curs. NB].'[1]

In de laatste zin van deze passage is een willekeurcriterium voor uiterste wilsbeschikkingen, of beter gezegd een *willekeurverbod*, neergelegd. Het zou erflater niet zijn toegestaan om zijn legaat afhankelijk te maken van de *willekeur* van een ander.[2] Wanneer is hiervan sprake? Deze in eerste instantie filosofische vraag dient, ook vanuit *praktisch* oogpunt bezien, zeker niet te snel te worden weggewuifd. Indien in het erfrecht een willekeurverbod geldt, wordt erflater namelijk beperkt in zijn *testeervrijheid*, te weten de vrijheid om de inhoud, werking en voorwaarden van zijn laatste wil naar eigen inzicht in te vullen.

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In dit artikel ga ik nader in op de vraag wanneer sprake is van een van *andermans willekeur* afhankelijk gemaakt legaat.[3] Hierbij ga ik op een verkennende wijze te werk: Wat is willekeur eigenlijk? Hoe verhoudt willekeur zich tot het bepaaldheidsvereiste? Hoe verhoudt willekeur zich tot de redelijkheid en billijkheid? Op welke wijze en in hoeverre kan een legaat afhankelijk zijn van andermans *wil*? En wanneer leidt dit tot *willekeur*?
De verkennende aanpak zorgt ervoor dat het antwoord op de ene vraag opnieuw een (andere) vraag kan oproepen. De antwoorden op de vragen zijn daardoor enigszins met elkaar vervlochten. In de laatste paragraaf zal ik evenwel mijn bevindingen duidelijk op een rij zetten.

II Willekeur en het erfrecht?

Het begrip 'willekeur', dat voor zich lijkt te spreken, wordt in erfrechtelijke sferen door vaagheid omringd.

Van Dale omschrijft willekeur als:

> '1. *vrije verkiezing*, syn. welbehagen: naar willekeur; dat staat aan uw willekeur;
> 2. (ongunstig) het handelen naar, zich laten leiden door de wens, de inval, *de gril van het ogenblik*, m.n. daarbij ingaande tegen recht en regel: een daad van willekeur; een regering van geweld en willekeur; dat is pure willekeur; - (ook passief) grillige, onrechtmatige behandeling [curs. NB]'[4]

Wat moeten we hier erfrechtelijk mee? Is een legaat bijvoorbeeld afhankelijk van andermans willekeur, indien erflater een bevoegdheid aan een ander geeft om naar vrije verkiezing of naar de gril van het ogenblik een legataris uit te kiezen? En in hoeverre kan er nog sprake zijn van een vrije verkiezing, indien wordt beseft dat het *bepaaldheidsvereiste* steeds van iedere rechtshandeling, dus ook van de uiterste wilsbeschikking, een zekere bepaaldheid vereist.[5] Is er, bijvoorbeeld, nog sprake van willekeur indien erflater aan een vertrouwenspersoon de bevoegdheid geeft om uit een door erflater afgebakende groep van personen de legataris aan te wijzen (vgl. het citaat in paragraaf I, waarin het *legaat met keuzemogelijkheid* wordt toegestaan)? En wat als deze afgebakende groep toch vrij groot is? Bijvoorbeeld indien ik mijn juridische boeken legateer aan een lid van de KNB, aan te wijzen door mijn broer X. De groep is door mij afgebakend. Enkel de leden van de KNB komen immers voor het legaat in aanmerking. Kan mijn broer X binnen deze afgebakende groep niet toch beslissen met een zekere willekeur?

Het is nog niet zo eenvoudig om aan te geven wanneer een erflater zijn legaat afhankelijk stelt van andermans willekeur. Volgens Van Mourik is dit het geval indien de uiterste wilsbeschikking van erflater *voldoende bepaaldheid* mist.[6] In dezelfde zin ook F. Schols, die opmerkt dat het begrip willekeur ingevuld lijkt te moeten worden met '*onvoldoende- bepaalbaar*'.[7] Deze uitleg van willekeur dient mijns inziens te worden genuanceerd.

III Willekeur naast het bepaaldheidsvereiste

Bepaaldheidsvereiste

In ons recht kennen we het bepaaldheidsvereiste dat van iedere uiterste wilsbeschikking een bepaald onderwerp verlangt.[8] Het onderwerp heeft

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

betrekking op de *inhoud* van de uiterste wilsbeschikking. De *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking zal op grond van het bepaaldheidsvereiste steeds in voldoende mate moeten zijn bepaald. Een onbepaalde wilsuiting kan immers geen rechtshandeling zijn, omdat de rechtsgevolgen, die per definitie aan iedere rechtshandeling verbonden zijn, bij gebreke aan bepaaldheid niet kunnen worden vastgesteld. Een uiterste wilsbeschikking die voldoende bepaaldheid mist, is met andere woorden geen uiterste wilsbeschikking.[9]

Voldoende bepaald en toch willekeur

Een uiterste wilsbeschikking kan in voldoende mate door erflater zijn bepaald en zodoende voldoen aan het bepaaldheidsvereiste, terwijl haar inhoud evenwel nog niet *volledig* door erflater is vastgesteld.[10] De nadere vaststelling van de inhoud van de uiterste wilsbeschikking laat erflater dan aan een ander over. Bij deze nadere invulling van de inhoud kan evenwel willekeurig handelen de kop opsteken.

Een voorbeeld hiervan in de *overeenkomstrechtelijke* sfeer is Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205, waarin het ging om een in beginsel in voldoende mate bepaalde overeenkomst, die toch tot willekeurig handelen kon leiden.[11] In de statuten van een vennootschap, te weten Banka N.V., was namelijk de volgende bepaling opgenomen:

> ‘Aandeelhouders, die bij verlijden dezer acte niet tevens als loodgieterspatroons gevestigd waren, zijn verplicht alle loodgieterswerken, welke aan hen ter uitvoering worden opgedragen of te hunnen behoeve moeten worden uitgevoerd, te doen uitvoeren door de vennootschap op verbeurte ten behoeve van de vennootschap van *een boete, door Commissarissen te bepalen* (…) [curs. NB].’

Een aandeelhouder handelde in strijd met deze bepaling en kreeg daarom een door de Commissarissen bepaalde boete opgelegd van *ƒ* 10.000.
Het hof oordeelde dat aan de eis van bepaaldheid wordt voldaan, indien in de overeenkomst zijn vastgelegd de aard van de verbintenis en de wijze waarop te zijner tijd haar omvang zal zijn vast te stellen. In de statuten is voorgeschreven dat de omvang van de boete wordt bepaald door het college van commissarissen van Banka, zodat aan de eis van bepaaldheid genoegzaam is voldaan.
Toch kon er willekeurig door het college van commissarissen worden gehandeld, omdat er geen grens aan de boete werd gesteld.
Deze grens werd evenwel gegeven door de bepaling van art. 1374 oud BW, dat verlangde dat elke overeenkomst *te goeder trouw* ten uitvoer wordt gelegd. Banka N.V. mocht, met andere woorden, als boete slechts een *redelijke* prijs in rekening brengen. Het hof bracht de boete van *ƒ* 10.000 dan ook terug naar *ƒ* 200.

Dit voorbeeld laat zien dat de redelijkheid en billijkheid willekeurig handelen kan corrigeren.[12]

IV Willekeur en de redelijkheid en billijkheid

De redelijkheid en billijkheid zorgt voor de nodige objectivering. De partij of derde aan wie de nadere invulling van een verbintenis wordt opgedragen, zal dit steeds met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid moeten doen.[13]
Omdat de redelijkheid en billijkheid in het gehele vermogensrecht een

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

pregnante plaats inneemt, en bij elke verbintenis steeds als aanvullende (art. 6:2 lid 1 BW) of corrigerende factor (art. 6:2 lid 2 BW) in de lucht hangt, hoeft willekeur mijns inziens niet al te gauw gevreesd te worden.
De rol van de redelijkheid en billijkheid als corrigerende factor van willekeur wordt ook zichtbaar in paragraaf VIII, waarin het 'redelijk oordeel' voorkomt dat er in strijd wordt gehandeld met het wezen van een verbintenis.

V Wijze waarop andermans wil een rol zou kunnen spelen

Inleidend

In het in paragraaf I weergegeven citaat van de minister wordt het zogenoemde 'legaat met keuzemogelijkheid' erkend. Erflater kan een legaat maken waarbij hij een derde aanwijst die zal bepalen wie van een door erflater afgebakende groep van personen het legaat zal genieten. Erflater kan, met andere woorden, aan een ander overlaten om te bepalen wie legataris is. De legataris moet, op grond van het bepaaldheidsvereiste, wel *bepaalbaar* zijn. Vandaar dat erflater van tevoren de groep waaruit gekozen kan worden, dient af te bakenen.
Een dergelijke keuzebevoegdheid betreft de *inhoud* van het legaat. Op het moment van erflaters overlijden is nog niet duidelijk wie legataris zal zijn.

Wat geldt evenwel als erflater de inhoud van zijn uiterste wilsbeschikking volledig bepaalt, maar de *werking* hiervan aan een ander overlaat? Aan de hand van een voorbeeld zal ik toelichten wat ik hiermee bedoel.

> Stel, ik wil aan mijn vriend mijn auto legateren, onder de voorwaarde dat mijn broer dit na mijn overlijden goedkeurt.
> Ik maak daarom het volgende legaat: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien mijn broer Y dit wil.'

De inhoud van dit legaat is duidelijk en mist geen voldoende bepaaldheid. We weten immers wie als legataris optreedt (mijn vriend X) en wat het legaat is (mijn auto). De inhoud van het legaat is, anders gezegd, door erflater *volledig* bepaald. Niettemin is zijn *werking* door de toevoeging 'indien mijn broer dit wil' afhankelijk van de wil van mijn broer. Is het ook afhankelijk van diens *willekeur*? En in hoeverre is het eigenlijk mogelijk om de *werking* van een legaat afhankelijk te maken van andermans *wil*?
Alvorens ik op deze vragen nader inga, dient te worden beseft dat 'andermans wil' op twee verschillende manieren een rol zou kunnen spelen ten aanzien van een door erflater gemaakt legaat. Namelijk: (1) ten aanzien van de *inhoud* van het legaat, en (2) ten aanzien van de *werking* van het legaat. Hierna komt dit onderscheid, voor alle duidelijkheid, kort aan bod.

1 Inhoud

Een erflater kan een legaat maken dat in voldoende mate bepaald (ofwel bepaalbaar) is, maar waarvan de inhoud door erflater evenwel nog niet in volledigheid is vastgelegd. Anderen hebben ten aanzien hiervan een keuzebevoegdheid. Het niet in volledigheid bepalen van de inhoud door erflater impliceert dus *niet* dat het legaat voldoende bepaaldheid mist.
Voorbeelden van een legaat waarvan de inhoud door erflater niet in volledigheid is bepaald, zijn:

1. Het legaat waarbij erflater het aan een ander overlaat om te bepalen wie

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

legataris is. Ofwel 'het legaat met keuzemogelijkheid', zoals genoemd in paragraaf I. Op het moment dat erflater overlijdt, is nog niet duidelijk wie als legataris zal optreden. Erflater heeft in zijn testament een afgebakende groep van personen aangewezen waaruit hij na zijn overlijden een ander laat kiezen wie het legaat uiteindelijk zal genieten.

2. Het legaat aan een persoon die uit de boedel een schilderij mag kiezen. Of het legaat waarbij de legataris mag kiezen tussen een bepaalde kast en een in het testament bepaalde geldsom (de alternatieve verbintenis).[14]

3. Het legaat van een huis met de bepaling dat de erfgenamen bevoegd zijn om in plaats daarvan aan de legataris € 150.000 te geven, of dat de legataris bevoegd is in plaats van het huis € 150.000 te vorderen (facultatieve verbintenis).[15]

In voorbeeld 2 en 3 is op het moment van erflaters overlijden wel door erflater bepaald wie legataris is, maar staat nog niet vast wat het vorderingsrecht zal zijn.

2 Werking

Een voorbeeld van een uiterste wilsbeschikking waarvan de werking afhankelijk is van andermans wil, is te vinden in het oude erfrecht, namelijk de *voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling*. De voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling is door de Hoge Raad goedgekeurd. In HR 17 januari 1996, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, BNB 1998/8 werd door de erflater bij testament een ouderlijke boedelverdeling gemaakt ten behoeve van de echtgenote onder de bepaling dat de erfgenamen (de echtgenote en kinderen) in onderling overleg resp. eenstemmig een andere verdeling konden overeenkomen. Dit werd mogelijk gemaakt door aan de ouderlijke boedelverdeling de clausule toe te voegen:

> '*tenzij* mijn echtgenote en mijn afstammelingen in onderling overleg binnen zes masnden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen'.[16]

De inhoud van de ouderlijke boedelverdeling was hierbij door de erflater in volledigheid bepaald. Erflater had immers aangegeven wie de erfgenamen waren, voor welk erfdeel zij erfgenaam waren én hoe de nalatenschap verdeeld moest worden, te weten een ouderlijke boedelverdeling. Maar door de toevoeging 'tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen (...) een andere verdeling wensen', was *de werking* van deze ouderlijke boedelverdeling afhankelijk gemaakt van de wil van de echtgenote en afstammelingen.

Is het ook mogelijk om de werking van een legaat afhankelijk te maken van andermans wil? Op deze vraag ga ik in onderstaande paragrafen (paragraaf VI t/m X) nader in. Allereerst een tussenconclusie.

Tussenconclusie

In hoeverre het mogelijk is om als erflater de inhoud van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van andermans *wil*, hangt mijns inziens af van de opvatting van het *bepaaldheidsvereiste* voor de desbetreffende uiterste wilsbeschikking.[17] Het bepaaldheidsvereiste verlangt immers steeds een in

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

voldoende mate bepaalde uiterste wilsbeschikking. Wordt hieraan niet voldaan, ofwel mist een uiterste wilsbeschikking voldoende bepaaldheid, dan is zij nietig. Maakt erflater evenwel een legaat dat *bepaalbaar* is, en vult een ander de inhoud van dit legaat verder in, dan kan dit, afhankelijk van hoeveel ruimte het bepaaldheidsvereiste biedt voor de nadere invulling, ruimte geven voor willekeurig handelen door die andere persoon.[18] In dit geval zal de redelijkheid en billijkheid evenwel bijspringen en het willekeurig handelen zo nodig corrigeren.[19]
Het bepaaldheidsvereiste en de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het verbintenissenrecht zullen enig willekeurig handelen bij legaten waarvan de inhoud door erflater niet in volledigheid is bepaald, dan ook steeds de baas zijn.

Erflater zou evenwel, zoals hiervoor opgemerkt, ook een uiterste wilsbeschikking kunnen maken waarvan weliswaar de inhoud door erflater volledig is bepaald, maar waarvan de *werking* afhankelijk is van andermans wil.[20] Het bepaaldheidsvereiste ziet hier dan niet op. Het bepaaldheidsvereiste heeft immers enkel betrekking op de *inhoud* van een uiterste wilsbeschikking en niet op haar werking.
Aan de hand waarvan kan dan worden beoordeeld in hoeverre het is toegestaan om de werking van een legaat afhankelijk te maken van andermans wil? In paragraaf VI t/m IX tracht ik voor het beantwoorden van deze vraag enige aanknopingspunten te vinden.

VI Voorwaarden in het erfrecht

De werking van een legaat kan in ieder geval afhankelijk worden gemaakt van een *omstandigheid, gebeurtenis* of een *handelen*.[21] Dit kan dan geschieden door aan de uiterste wilsbeschikking een voorwaarde als ‘indien’ (opschortend) of ‘tenzij’ (ontbindend) te verbinden:

> ‘X krijgt mijn auto gelegateerd, *indien* X binnen vier maanden na mijn overlijden zijn rijbewijs haalt.’

Voorwaarden zijn in het erfrecht doorgaans toegestaan.[22] Is dit anders voor wat de *potestatieve voorwaarde* betreft? *Potestatief* wil zeggen: ‘afhankelijk van de wil van hem die zich verbindt’.[23] Op deze vraag kom ik in paragraaf VIII terug.

Voor het antwoord op de vraag of het is toegestaan om de *werking* van een legaat afhankelijk te maken van andermans *wil*, is het interessant om te kijken naar het recht van onze oosterburen. In dit recht wordt het namelijk uitdrukkelijk *verboden* om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te stellen van de wil van een ander. Het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (hierna te noemen ‘BGB’) kent namelijk § 2065 I, dat ik hierna nader zal toelichten.

VII § 2065 I BGB

§ 2065 I luidt als volgt:

> ‘I. Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll.’

Ofwel het is erflater niet toegestaan om een ander te laten bepalen of zijn

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

uiterste wilsbeschikking wel of niet werkt. 'Indien' of 'tenzij' toevoegen aan een uiterste wilsbeschikking, in de zin van een toestemmings- of afkeuringsbevoegdheid voor een ander, is op grond van dit artikel dus verboden. § 2065 I BGB wordt ruim geïnterpreteerd, want het is evenmin toegestaan om de uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van het redelijk oordeel ('*billigem Ermessen*') van een ander.[24]

Wat overigens *niet* door § 2065 I BGB wordt verboden, zijn uiterste wilsbeschikkingen die afhankelijk zijn gemaakt van een gebeurtenis waarvan het intreden afhangt van de wil van de begunstigde of een derde (vgl. ons oude art. 1292 oud BW, dat toestond dat een verbintenis afhangt van een handeling waarvan de vervulling in de macht stond van degene die verbonden was). Halding-Hoppenheit hanteert voor deze beschikkingen de term *Potestativbedingung*:[25]

> 'Eine Potestativbedingung liegt dann vor, wenn *die Bedingung in einem Ereignis besteht*, dessen Eintritt vom Willen des Bedachten oder eines Dritten abhängt [curs. NB].'[26]

Een *Potestativbedingung* wordt echter ontoelaatbaar indien het intreden van de voorwaarde toch *louter* afhangt van andermans wil. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de voorwaarde een te verwaarlozen handeling inhoudt: 'Jan is mijn erfgenaam, indien Luuk zijn arm optilt'.[27] De voorwaarde mag, met andere woorden, niet uitdraaien op een 'Vertretung des *unentschlossenen* Erblassers im Willen [curs. NB].'[28]

De term *Potestativbedingung* moet niet worden verward met onze *potestatieve voorwaarde*. Ik noemde haar al even in paragraaf VI. Wat houdt de potestatieve voorwaarde in?

VIII Potestatieve voorwaarde

Art. 1292 oud BW

De potestatieve voorwaarde is in het verleden met argusogen aanschouwd. Art. 1292 oud BW bepaalde namelijk dat een verbintenis *nietig* is, indien 'derzelver vervulling alleenlijk afhangt van den wil van degenen die verbonden is [curs. NB]'. Zij was wel van kracht, indien 'de verbintenis afhangt van eene daad waarvan de vervulling in zijne magt staat, en die daad heeft plaats gehad' (vgl. hiermee de in de vorige paragraaf genoemde *Potestativbedingung*).
Een verbintenis waarvan de werking zodoende louter afhangt van de enkele wil van de schuldenaar, was onder het oude BW niet toegestaan. Onder de enkele wil van de schuldenaar werd dan tevens verstaan een handeling van de schuldenaar die zo gemakkelijk kon worden verricht (bijvoorbeeld het optillen van zijn rechterarm), dat er in wezen geen verschil was met zijn enkele wil.[29]

De bepaling van art. 1292 oud BW lijkt daarmee op de regeling van het hiervoor uiteengezette § 2065 I BGB (waaronder, zoals gezegd, niet het zogenoemde *Potestativbedingung* valt). Er zijn evenwel drie verschillen tussen § 2065 I BGB en art. 1292 oud BW.

Verschillen met § 2065 I BGB

1. Ten eerste ziet art. 1292 oud BW niet op uiterste wilsbeschikkingen, maar op

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verbintenissen in het algemeen. Verbintenissen kunnen evenwel ook voortvloeien uit een uiterste wilsbeschikking, zoals uit het legaat.[30]

2. Ten tweede keurt art. 1292 oud BW enkel het afhankelijk stellen van de wil van *degene die verbonden is* af. Dat wil zeggen de *schuldenaar*.
Bij een schenking is dit bijvoorbeeld de schenker. Voor wat het legaat betreft zou ik hiertoe, vanwege de saisine, willen rekenen de erfgenamen die met het legaat belast zijn.
Anders dan art. 1292 oud BW verbiedt § 2065 I BGB daarentegen het afhankelijk stellen van *andermans* wil, dus niet enkel van degene die bij de verbintenis verbonden is.
In dit opzicht is § 2065 I BGB dus strenger dan art. 1292 oud BW. Art. 1292 oud BW lijkt er immers niets op tegen te hebben indien een verbintenis (uit overeenkomst of legaat) afhankelijk wordt gemaakt van *de wil* van iemand die *niet* bij de verbintenis verbonden is.[31]

3. En last but not least: in tegenstelling tot § 2065 I BGB, waarin het afhankelijk stellen van het redelijk oordeel ('*billigem Ermessen*') van een ander wordt verboden, staat art. 1292 oud BW het wel toe om de werking van een verbintenis afhankelijk te maken van het redelijk oordeel van degene die verbonden is (zoals de schenker, maar dus ook de erfgenamen). Want:

> 'Met het wezen van een verbintenis is door de desbetreffende rechters evenmin in strijd geacht de voorwaarde "indien naar de mening van de schuldenaar zijn kas het zal toelaten" (Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 1918, NJ 1919, p. 29) of "indien zulks hem, naar zijn mening, zal conveniëren" (Rb. Amsterdam 8 februari 1935; zie ook HR 3 januari 1924, NJ 1924, p. 377). Deze bedingen werden in die zin uitgelegd dat de schuldeiser zich slechts bij het oordeel van de schuldenaar moet neerleggen, indien dit *met inachtneming van redelijkheid en billijkheid is gevormd*, met andere woorden de grenzen der redelijkheid niet overschrijdt; *de verbintenis hangt aldus niet af van de willekeur van de schuldenaar*. Daarom is er ook in beginsel geen bezwaar tegen bedingen, waarbij aan de schuldenaar wordt overgelaten zelf de omvang zijner verplichtingen te bepalen (MEIJERS, WPNR 2420 (1916), p. 239; VO III, p. 16 e.v.; zie ook § 315 BGB) [curs. NB].'[32]

Een vergelijkbare benadering is te vinden in een tekst uit de Digesten, die betrekking heeft op het fideïcommis. De Nederlandse vertaling van Digesten 32.11.7 luidt namelijk:

> 'Een fideïcommis is weliswaar niet verschuldigd, wanneer het is nagelaten in de volgende bewoordingen: "indien u het wilt", maar het zal daarentegen wel verschuldigd zijn, als het als volgt geschreven is: "indien het u goeddunkt", "indien u van mening bent", "indien u van oordeel bent", "indien het u nuttig voorkomt" of "zal voorkomen". Dan heeft de erflater immers de erfgenaam niet een volledige beoordelingsvrijheid gegeven, maar is het fideïcommis hem nagelaten *als opgelegd aan een verstandig man* [curs. NB].'[33]

Hieruit blijkt dat *willekeur* kan worden voorkomen door te handelen als een verstandig, ofwel als een *redelijk* denkend mens.[34] Een bepaling als 'indien zulks hem, naar zijn mening, zal conveniëren', was niet in strijd met het wezen van de verbintenis en was derhalve toegestaan.

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Ook thans van toepassing?

Geldt hetgeen ik zojuist heb opgemerkt, ook voor ons huidige BW? Het antwoord hierop luidt bevestigend. In het huidige BW is een dergelijke bepaling als art. 1292 oud BW weliswaar niet opgenomen, omdat zij *overbodig* werd geacht. Toch is de regeling blijven gelden:

> '[…] een verbintenis onder zuiver potestatieve voorwaarden kan niet als verbintenis gelden.'[35]

Want:

> 'Mijn door u aangenomen belofte om iets te geven "indien ik wil", doet geen verbintenis, ook geen voorwaardelijke verbintenis, geboren worden, omdat ik door de toevoeging juist verklaar mij thans niet te verbinden. Een bepaling hieromtrent is, als overbodig, niet in het huidige wetboek opgenomen; vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147.'[36]

Hierbij wordt dan overigens gedoeld op de *opschortende* potestatieve voorwaarde. Een verbintenis onder *ontbindende* potestatieve voorwaarde, zoals 'tenzij ik niet wil', roept in beginsel namelijk wel een verbintenis in het leven. Deze verbintenis kan echter vervolgens, naar eigen willekeur, door de schuldenaar teniet worden gedaan.[37] Een sprekend voorbeeld hiervan is de herroepelijke schenking: ik schenk, tenzij ik herroep (tenzij ik niet meer wil). De ontbindende potestatieve voorwaarde lijkt in het gehele vermogensrecht te zijn toegestaan.[38] Wanneer ik spreek van de *potestatieve voorwaarde*, doel ik dan ook steeds op de *opschortende* potestatieve voorwaarde, tenzij ik dit anders aangeef.

De potestatieve voorwaarde is enkel van belang voor de *eenzijdige overeenkomst* en niet voor de wederkerige overeenkomst.[39] Een voorbeeld van een eenzijdige overeenkomst is de zojuist genoemde *schenking*, die sterke gelijkenis vertoont met het legaat. De schenking is een overeenkomstrechtelijke manier waarmee, vooruitlopend op de erfopvolging, kan worden bevoordeeld. Op de schenking en het al dan niet afhankelijk stellen van *de werking* van de schenking van de wil van de schenker, ga ik, vanwege haar gelijkenis met het legaat, in de volgende paragraaf nader in.

IX De schenking

Het is interessant om te kijken in hoeverre het is toegestaan om de *werking* van een schenking afhankelijk te maken van de *wil* van de schenker of van een ander. De schenking en legaat tonen namelijk een sterke verwantschap. Met beide kan worden bevoordeeld en beide hebben een verbintenisrechtelijk karakter.
Voor het antwoord op de vraag in hoeverre de werking van een schenking afhankelijk mag zijn van andermans wil, kan niet voorbij worden gegaan aan hetgeen ik zojuist heb opgemerkt over de potestatieve voorwaarde.

Ontbindende potestatieve voorwaarde

In de parlementaire geschiedenis van Boek 7 BW wordt bevestigd dat *ontbindende* potestatieve voorwaarden in het vermogensrecht mogelijk zijn.[40] Het is zodoende toegestaan om *herroepelijk* te schenken. Hierbij dient

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

opgemerkt te worden dat de mogelijkheid tot herroepen slechts bestaat indien deze tussen schenker en begiftigde is *overeengekomen*.[41] Dat is bij het legaat dat afhankelijk is gemaakt van de wil van bijvoorbeeld een van de erfgenamen mijns inziens evenwel niet aan de orde, omdat testeren een eenzijdig karakter heeft en een legaat te allen tijde kan worden herroepen.[42]

Opschortende potestatieve voorwaarde

Wat *niet* is toegestaan, is de schenking die afhankelijk is van een *opschortende* potestatieve voorwaarde:

> 'de voorwaarde mag niet in strijd zijn *met het wezen der verbintenis*. De verbintenis onder een opschortende voorwaarde welker vervulling *afhangt van de enkele wil van de schuldenaar*, is derhalve [ook naar komend recht] nietig [curs. NB].'[43]

Maar zoals we in de vorige paragraaf bij de behandeling van de potestatieve voorwaarde zagen, is er een verschil tussen een van *de wil* van de schuldenaar/schenker afhankelijk gemaakte verbintenis en een van het *redelijk oordeel* van de schuldenaar/schenker afhankelijk gemaakte verbintenis. Laatstgenoemde verbintenissen worden niet in strijd geacht met het wezen van de verbintenis en zijn toegestaan. Cruciaal hierbij is dat het oordeel van de schuldenaar/schenker gevormd moet worden met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, zodat de verbintenis niet afhankelijk is van diens *willekeur*.[44] Er lijkt voor wat de opschortende potestatieve voorwaarde betreft met andere woorden niets aan de hand te zijn, indien de werking van de schenking afhankelijk is gemaakt van het *redelijk oordeel* van de schenker. Dat geldt mijns inziens niet alleen voor het handelen van de schenker, maar ook voor het handelen van een derde (dat wil zeggen, iemand die niet door de verbintenis verbonden is).[45]

Wat kan hieruit afgeleid worden ten aanzien van het *legaat*? In het bijzonder voor wat de vraag betreft wanneer de werking van een legaat afhankelijk is van andermans *willekeur*? In de volgende paragraaf maak ik deze vertaalslag.

X De vertaalslag naar het erfrecht

Een van andermans wil afhankelijk gemaakt legaat?

Allereerst ga ik nader in op de vraag in hoeverre het voor een erflater mogelijk is om de werking van zijn legaat afhankelijk te maken van andermans *wil*. Het antwoord hierop verschilt mijns inziens niet van het antwoord op de vraag in hoeverre het mogelijk is om een schenking afhankelijk te maken van andermans wil. De leer omtrent de potestatieve voorwaarde zal hier eveneens richtinggevend zijn, omdat verbintenissen ook uit een legaat kunnen voortvloeien.

De potestatieve voorwaarde houdt, zoals reeds gezegd, in dat de werking van een verbintenis niet afhankelijk mag zijn van louter de wil van degene die verbonden is. In het geval van het legaat betekent dit dat erflater zijn wilsbeschikking niet afhankelijk mag maken van een 'goedkeuringsrecht' van degene(n) op wie het legaat drukt. Dat zijn doorgaans de erfgenamen.
Het legaat: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien mijn erfgenaam Y dit wil', is vanuit deze gedachte nietig. De (opschortende) potestatieve voorwaarde

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

is namelijk in strijd met het wezen van de verbintenis.[46]
Hierbij dienen evenwel twee kanttekeningen te worden gemaakt:

1. De potestatieve voorwaarde keurt, zoals gezegd, enkel de verbintenis af waarvan de werking louter afhangt van de wil van degene die verbonden is (voor het legaat zijn dat in beginsel de erfgenamen). Wat nu als de werking van het legaat afhankelijk is gemaakt van de wil van iemand die *niet* bij het legaat verbonden is, zoals een derde? De potestatieve voorwaarde ziet hier niet op en in beginsel zou het dan ook mogelijk moeten zijn om het volgende legaat te maken: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien mijn advocaat dit wil.' Of leidt dit toch tot 'willekeur'?

2. Wat niet met het wezen van de verbintenis in strijd is, is een van andermans redelijk oordeel afhankelijk gemaakt legaat. Het zou zo bezien dan ook mogelijk moeten zijn om het volgende legaat te maken: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien deze auto naar het oordeel van mijn erfgenaam Y voor X geschikt is.'

Wat eveneens is toegestaan, is de werking van het legaat afhankelijk maken van een *ontbindende* potestatieve voorwaarde, ofwel van een 'afkeuringsrecht' van de erfgenamen of van een derde. Dat de ontbindende potestatieve voorwaarde in het erfrecht is toegestaan, is bevestigd door de arresten HR 17 januari 1996, BNB 1996/112 en HR 5 november 1997, BNB 1998/8, waarin de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling werd aanvaard. En recenter ook door HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 ("Boerenplaatsje'), waarin de voorwaardelijke tweetrapsmaking is toegestaan. De ontbindende potestatieve voorwaarde komt niet in strijd met het wezen van de verbintenis.[47] Het legaat 'ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, *tenzij* mijn erfgenaam Y dit niet wil' is, bekeken vanuit de leer van de ontbindende potestatieve voorwaarde, dan ook toegestaan.

Maar komen de kaarten er misschien anders voor te liggen wanneer bij de zojuist gestelde vraag in hoeverre het mogelijk is om de werking van het legaat afhankelijk te maken van andermans *wil*, ook de door de minister verboden '*willekeur*' in ogenschouw wordt genomen? Het zou erflater immers niet zijn toegestaan om een legaat afhankelijk te maken van de *willekeur* van een ander.[48]

Een van andermans willekeur afhankelijk gemaakt legaat?

Bij onze oosterburen wordt in § 2065 I BGB uitdrukkelijk verboden dat de *werking* van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk wordt gemaakt van de wil van een ander. Dit artikel wordt door de Duitsers ruim geïnterpreteerd. Het is hierbij namelijk evenmin toegestaan om de uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van het redelijk oordeel ('*billigem Ermessen*') van een ander.[49]
Anders dan in Duitsland kennen wij in ons BW zo'n uitdrukkelijke bepaling in het erfrecht niet. Wat wij daarentegen wel kennen, is de zojuist genoemde *potestatieve voorwaarde*, die betrekking heeft op *verbintenissen* (zoals deze ook kunnen voortvloeien uit een legaat).

In de vorige paragraaf, waarin de *schenking* centraal stond, gaf ik aan dat het toegestaan is om een schenking te herroepen. De ontbindende potestatieve voorwaarde tast namelijk het wezen van de schenking niet aan. Het lijkt erop dat de schenker, met dit herroepingsbeding, zich de bevoegdheid heeft voorbehouden om naar eigen *willekeur* de schenking teniet te doen. Zo is ook te

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

lezen bij Hartkamp & Sieburgh:

> 'Indien een schuldenaar zich de bevoegdheid heeft voorbehouden *naar eigen willekeur* zijn belofte teniet te doen, is hij gebonden zolang hij van zijn recht geen gebruik maakt, en kan de schuldeiser dus nakoming vorderen. *Er is derhalve een verbintenis*. Pas wanneer de schuldenaar verklaart haar op te heffen, vervalt zij [curs. NB].'[50]

Als we de minister zouden moeten geloven, is dit ten aanzien van *legaten* juist *niet* toegestaan. De werking van het legaat mag immers niet afhankelijk zijn van de willekeur van een ander. Wat onder 'ander' verstaan moet worden (ook de erfgenamen op wie het legaat drukt?), is uit de woorden van de minister niet op te maken.
Valt de toelaatbaarheid van de ontbindende potestatieve voorwaarde voor wat het legaat betreft dan in het water? Of dient aan de woorden van de minister niet zo zwaar getild te worden? En kan de vraag in hoeverre de werking van een legaat afhankelijk mag worden gesteld van de wil van een ander, gewoonweg beantwoord worden aan de hand van de leer omtrent de potestatieve voorwaarde? Ik meen dat dit laatste het geval is. Hierbij dient dan wel rekening te worden gehouden met de redelijkheid en billijkheid, die als corrigerende factor kan optreden (vgl. paragraaf IV). Een handelen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid zal nooit een willekeurig handelen zijn. En de redelijkheid en billijkheid speelt, zoals gezegd, in het gehele verbintenissenrecht een belangrijke rol. Een schenker zal bijvoorbeeld bij zijn herroepingsmogelijkheid nooit de redelijkheid en billijkheid uit het oog mogen verliezen (art. 6:2 BW). Voor legaten geldt hetzelfde. Het is toegestaan om te legateren onder een *ontbindende* potestatieve voorwaarde, voor zover dit geschiedt met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Vergelijk de hierna gegeven voorbeelden:

1. 'Ik legateer aan mijn zoon een geldbedrag van 100.000 euro, tenzij mijn enig erfgenaam dit niet wil.' Op grond van de leer omtrent de *ontbindende* potestatieve voorwaarde is dit legaat mogelijk. Niettemin zou het, zo geformuleerd, wel *willekeurig* handelen kunnen voortbrengen. Alertheid is zodoende geboden. De redelijkheid en billijkheid, die het gehele vermogensrecht beheerst, zal evenwel waar nodig bijspringen en het willekeurig handelen corrigeren.[51]

2. 'Ik legateer aan mijn zoon een geldbedrag van 100.000 euro, tenzij mijn enig erfgenaam dit bedrag naar zijn redelijk oordeel nodig heeft voor zijn levensonderhoud.' De erfgenaam moet handelen naar zijn redelijk oordeel, dat wil zeggen met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid. Van willekeurig handelen kan dan geen sprake zijn.

Voor wat de *opschortende* potestatieve voorwaarde betreft, geldt, zoals gezegd, dat deze in beginsel niet is toegestaan. In paragraaf VIII zagen we echter dat het *niet* met het wezen van de verbintenis in strijd is, indien de werking van een verbintenis afhankelijk is gemaakt van het *redelijk oordeel* van degene die verbonden is. Het zou zo bezien dan ook mogelijk moeten zijn om het volgende legaat te maken: 'Ik legateer aan mijn vriend X mijn auto, indien deze auto naar het oordeel van mijn erfgenaam Y, of mijn accountant Z, voor X geschikt is.'

XI Tot besluit

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In dit artikel staat de vraag centraal wanneer sprake is van een van *andermans willekeur* afhankelijk gemaakt legaat.
Bij het beantwoorden van deze vraag dient allereerst te worden beseft dat er twee manieren zijn waarop *andermans wil* een rol zou kunnen spelen ten aanzien van een door erflater gemaakt legaat. Namelijk: (1) ten aanzien van de *inhoud* van het legaat, en (2) ten aanzien van de *werking* van het legaat.

1. Ten aanzien van de vraag in hoeverre het mogelijk is om een ander iets te laten bepalen ten aanzien van de *inhoud* van een legaat, is mijns inziens het bepaaldheidsvereiste richtinggevend. Het bepaaldheidsvereiste verlangt steeds dat een door erflater gemaakt legaat in voldoende mate bepaald is. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het legaat waarin de legataris uit twee of meer bepaalde goederen van de nalatenschap mag kiezen (de alternatieve verbintenis). Het legaat moet, anders gezegd, *bepaalbaar* zijn.
Het bepaaldheidsvereiste zorgt er veelal voor dat er voor willekeurig handelen nog maar weinig ruimte overblijft. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het in paragraaf I genoemde legaat met keuzemogelijkheid, waarbij de erflater een afgebakende groep van personen aanwijst, waaruit vervolgens een derde kan bepalen wie als legataris optreedt. Hierbij geldt dat hoe specifieker de groep is afgebakend, hoe minder ruimte er voor willekeur overblijft.
Afhankelijk van hoeveel ruimte het bepaaldheidsvereiste biedt voor de nadere invulling van het legaat, kan er evenwel toch ruimte zijn voor willekeurig handelen door de persoon die het legaat nader mag vaststellen. In dat geval zal de redelijkheid en billijkheid, die bij iedere verbintenis steeds als aanvullende of corrigerende factor in de lucht hangt (art. 6:2 BW), mijns inziens bijspringen en het willekeurig handelen waar nodig corrigeren.

Bij legaten waarvan de *inhoud* door erflater niet in volledigheid is bepaald, zal voor willekeur dan ook niet gevreesd hoeven te worden. Het bepaaldheidsvereiste in combinatie met de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid steekt hiervoor een stokje.

2. Ten aanzien van de vraag in hoeverre het mogelijk is om een ander iets te laten bepalen ten aanzien van de *werking* van een legaat, kan evenwel niet worden teruggevallen op het bepaaldheidsvereiste. Het bepaaldheidsvereiste ziet immers slechts op de inhoud van een uiterste wilsbeschikking. Andere aanknopingspunten dienen zodoende te worden gezocht om te beoordelen in hoeverre het mogelijk is om een ander iets te laten bepalen ten aanzien van de werking van een legaat.
Hiervoor heb ik allereerst inspiratie opgedaan in het Duitse BGB. § 2065 I BGB verbiedt uitdrukkelijk om de werking van een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van de wil van een ander. Dit artikel wordt ruim geïnterpreteerd. Het is namelijk ook niet toegestaan om een uiterste wilsbeschikking afhankelijk te maken van het redelijk oordeel ('*billigem Ermessen*') van een ander. Kennen wij zo'n uitdrukkelijke bepaling ook in Boek 4 BW? Het antwoord luidt ontkennend. Wat wij evenwel kennen, is het leerstuk omtrent de potestatieve voorwaarde dat betrekking heeft op verbintenissen: de werking van een verbintenis mag niet afhankelijk zijn van *louter de wil van degene die verbonden is* (paragraaf VIII). Verbintenissen kunnen voortvloeien uit bijvoorbeeld een overeenkomst, zoals de schenking, maar ook uit een legaat. Omdat de schenking en het legaat een sterke verwantschap tonen, heb ik in paragraaf IX bekeken wat, met betrekking tot de potestatieve voorwaarde, al dan niet mogelijk is op het gebied van de schenking. Het antwoord op deze vraag

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verschilt immers wezenlijk niet van het antwoord op de vraag in hoeverre een legaat 'onder potestatieve voorwaarde' kan worden gemaakt (paragraaf X). Op grond van deze vergelijking met de schenking kan vervolgens de conclusie worden getrokken, dat het mogelijk is om de werking van een legaat afhankelijk te maken van:

1. de wil van een derde, ofwel een persoon die niet bij de verbintenis verbonden is;

2. een ontbindende potestatieve voorwaarde ('tenzij'). Deze is immers in het gehele vermogensrecht toegestaan en wordt ook voor het erfrecht bevestigd in onder andere HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 ('Boerenplaatsje'). Ten aanzien hiervan kan de redelijkheid en billijkheid overigens eveneens een corrigerende rol spelen (art. 6:2 BW).

Voor wat de opschortende potestatieve voorwaarde ('indien') betreft, kan worden geconcludeerd dat deze in beginsel in strijd is met het wezen van de verbintenis. De werking van een legaat kan dan ook niet afhankelijk worden gemaakt van een opschortende potestatieve voorwaarde. Is de verbintenis echter afhankelijk gemaakt van het *redelijk oordeel* van degene die verbonden is, dan levert dit evenwel geen strijd op met het wezen van de verbintenis (paragraaf VIII). Ook in dit geval is voor de redelijkheid en billijkheid zodoende een belangrijke rol weggelegd.

Beknopt samengevat lijkt het erop dat 'willekeur' kan worden omschreven als 'de gepasseerde grens der redelijkheid'. Wordt niet als 'redelijk denkend mens' gehandeld, ofwel worden de grenzen der redelijkheid gepasseerd, dan is er sprake van willekeur ofwel van een handelen in strijd met het wezen van de verbintenis.
Aan de door de minister gesproken woorden dat het erflater niet is toegestaan zijn beschikking afhankelijk te stellen van de willekeur van een ander, zou mijns inziens dan ook een positieve draai kunnen worden gegeven:

> 'Het is de erflater toegestaan zijn beschikking afhankelijk te stellen van andermans redelijk oordeel.'

Noten

1 *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, nr. 12, p. 39 (MvA II), Parl. Gesch. Inv., p. 1771. Wat onder 'ander' moet worden verstaan (ook de begunstigde of degene op wie het legaat rust?), is uit de woorden van de minister niet op te maken.

2 Hiermee wordt dan overigens niet gedoeld op de bevoegdheid van de legataris om een legaat naar eigen willekeur niet te aanvaarden. Deze bevoegdheid komt de legataris op basis van de wet toe (art. 4:201 BW) en is geoorloofd.

3 Onder 'andermans' versta ik ook de begunstigde ofwel de legataris evenals degenen op wie het legaat rust.
Vgl. N. Halding-Hoppenheit, *Verbot der Drittbestimmung im Erbrecht*, Lohmar-Köln: Josef Eul Verlag 2003, p. 58 e.v. Onder 'ander' dient volgens de heersende leer te worden verstaan iedere persoon (met uitzondering van de erflater), dus bijvoorbeeld ook de bezwaarde erfgenaam of de begunstigde zelf.

4 Van Dale, *Groot woordenboek van de Nederlandse Taal*, Utrecht/Antwerpen:

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Van Dale Lexicografie 2005.

5 Parl. Gesch. Boek 6, p. 895. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, Inv. 3, 5 en 6, p. 1123: 'Het vereiste van een bepaald onderwerp geldt voor alle rechtshandelingen, doch behoeft niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld [curs. NB].'

6 Van Mourik, *Erfrecht* (Monografieën Privaatrecht deel I), Deventer: Kluwer 2008, nr. 46.

7 F. Schols, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 117.

8 Zie hierover ook Breemhaar, *De uiterste wilsbeschikking : beschouwingen over het begrip uiterste wilsbeschikking, de totstandkoming van een uiterste wilsbeschikking als een geldige rechtshandeling en de onderscheiden soorten beschikkingen in het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Groningen 1992 (diss.), nr. 72 e.v.

9 Breemhaar 1992, nr. 72 e.v. brengt dit bepaaldheidsvereiste overigens in verband met het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking (art. 4:42 lid 3 BW). Uit het bepaaldheidsvereiste in verbinding met de 'hoogstpersoonlijkheid' van de uiterste wilsbeschikking vloeit zijns inziens een *verbod van wilsdelegatie* voort. Het is naar het oordeel van Breemhaar dan ook niet toegestaan om een legaat te maken waarbij de met de uitvoering van het legaat belaste persoon of een derde de legataris uit enkele door de erflater genoemde personen zal aanwijzen. De minister oordeelt, getuige het citaat in paragraaf I, evenwel anders. Hij erkent daarin namelijk uitdrukkelijk het legaat met keuzemogelijkheid en stoort zich hierbij niet aan het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking. De minister merkt immers op dat art. 4:42 lid 3 BW regelt dat een uiterste wilsbeschikking slechts door de erflater persoonlijk kan worden gemaakt en dat *daarmee de mogelijkheid blijft bestaan* dat de erflater in zijn testament een derde aanwijst die zal bepalen wie van de verscheidene door de erflater genoemde personen het legaat zal genieten. Een *verbod* van wilsdelegatie op grond van het bepaaldheidsvereiste in verbinding met *het persoonlijke karakter* van de uiterste wilsbeschikking dient mijns inziens dan ook te worden afgewezen.

10 Een voorbeeld hiervan is het in paragraaf I genoemde legaat met keuzemogelijkheid.

11 Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205, betreft een bepaling uit statuten van een NV die ziet op interne rechtsverhoudingen. Zoals B.C.M. Waaijer in zijn dissertatie *Statuten en statutenwijziging* (Deventer: Kluwer 1993, par. 1.1.2) opmerkt, vormen statuten een conglomeraat van *eigensoortige grondregels*, waaronder regels welke de onderlinge betrekkingen bepalen tussen de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken. Voor wat deze regels betreft, dient beseft te worden dat Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205 ten aanzien hiervan nog aansloot bij de *overeenkomst*-theorie. Inmiddels is deze theorie evenwel verlaten en heeft zij plaatsgemaakt voor de idee dat de rechtsbetrekkingen tussen de persoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn, moet worden gezien als rechtsbetrekkingen van eigen aard, sui generis (de institutionele leer). Hetgeen ik over Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205 opmerk, dient evenwel telkens gelezen te worden in de geest van 1934. Dat wil zeggen vanuit de *overeenkomst*-gedachte.

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

12 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175. Hierin is opgemerkt dat een verbintenis (uit een eenzijdige overeenkomst) niet afhangt van de willekeur van een schuldenaar indien deze heeft gehandeld *met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid*.

13 Verbintenissen kunnen ook voortvloeien uit een legaat.

14 Brunner & De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 58.

15 Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 153.

16 HR 17 januari 1996, BNB 1996/112.

17 Zo zal voor de erfstelling, waar goederenrechtelijke belangen gemoeid zijn, een strikter bepaaldheidsvereiste gelden dan voor het legaat, dat ziet op verbintenisrechtelijke verhoudingen. Anders dan Breemhaar 1992, nr. 72 e.v. ben ik van mening dat het persoonlijke karakter van de uiterste wilsbeschikking, zoals deze tot uitdrukking komt in art. 4:42 lid 3 BW, in combinatie met het bepaaldheidsvereiste niet tot een verbod van wilsdelegatie leidt. Zie ook mijn opmerking hieromtrent in voetnoot 9.

18 Zie paragraaf III onder 'Voldoende bepaald en toch willekeur'.

19 Zie paragraaf IV 'Willekeur en de redelijkheid en billijkheid'.

20 Vgl. de voorwaardelijke ouderlijke boedelverdeling in het oude erfrecht.

21 Behoudens het bepaalde in art. 4:45 BW.

22 Vgl. afdeling 4.5.5 BW.

23 Van Dale, *Groot woordenboek van de Nederlandse Taal*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie 2005. Zie over de potestatieve voorwaarde Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-I), nr. 175 e.v.

24 Halding-Hoppenheit 2003, p. 58 e.v. Onder 'ander' dient volgens de heersende leer te worden verstaan iedere persoon (met uitzondering van de erflater), dus bijvoorbeeld ook de bezwaarde erfgenaam of de begunstigde zelf. Dat een begunstigde het recht heeft om zijn verkrijging te verwerpen, doet hieraan geen afbreuk. Volgens de heersende leer moet deze bevoegdheid om te verwerpen niet op één lijn worden getrokken met de bevoegdheid om te bepalen of een uiterste wilsbeschikking wel of niet werkt.

25 Als voorbeeld van zo'n toelaatbaar *Potestativbedingung* kan worden genoemd: 'Einsetzung des Nacherben unter der auflösenden Bedingung, dass der Vorerbe nicht anderweitig verfüge (vgl. BGHZ 2, 35; 59, 220)', U. Meyer, J. Gemmer & H. Siebert, *Erbrecht und Unternehmensnachfolge*, Lohmar-Köln: Josef Eul Verlag 2009, p. 75. Vgl. HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 ('Boerenplaatsje').

26 Halding-Hoppenheit 2003, p. 59.

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

27 Waarbij dan wordt verondersteld dat Luuk in goede fysieke conditie verkeert. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 175.

28 Brox/Walker, *Erbrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2010, nr. 96.

29 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 175.

30 Zie over het erfrecht als bron van verbintenis B. Schols, *Executele*, Deventer: Kluwer 2008 (diss. 2007) over de grondslagen van executele als erfrechtelijke verbintenis. Zie over de eenzijdige rechtshandeling als bron van verbintenis C. Cauffman, *De verbindende eenzijdige belofte* (diss. Leuven 2004), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

31 Vergelijk hiermee ook het bindend advies/oordeel van bijvoorbeeld een deskundige: ik schenk 100.00 euro, indien mijn accountant dit toestaat.

32 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 175.

33 Vert. door J.E. Spruit e.a., Corpus juris civilis. *Tekst en vertaling, IV: Digesten 25-34*, Zutphen: Walburg Pers/'s-Gravenhage: Sdu Uitgevers, Juridisch & Fiscaal 1997, p. 618. Dig. 32.11.7 luidt als volgt: 'Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur "si volueris", tamen si ita adscriptum fuerit: "si fueris arbitratus" "si putaveris" "si aestimaveris" "si utile tibi fuerit visum" vel "videbitur", debebitur: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.'

34 Zie ook paragraaf IV 'Willekeur en de redelijkheid en billijkheid'.

35 Parl. Gesch. Boek 6, p. 146-147 (T.M.).

36 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 175. Een potestatieve voorwaarde is dus eigenlijk geen echte voorwaarde. Zie ook de Conclusie van A-G mr. Moltmaker bij HR 17 januari 1996, BNB 1996/112.

37 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 176.

38 *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag). Zie ook Toelichting Wiersma op het Ontwerp Wiersma, p. 895.

39 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 176.

40 *Kamerstukken II* 2000/01, 17213, nr. 6, p. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag). Zie ook Toelichting Wiersma op het Ontwerp Wiersma, p. 895. En voorts Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284 en F.W.J.M. Schols, *Schenking en gift* (Monografieën BW B-82), Deventer: Kluwer 2011, nr. 14. Dat de ontbindende potestatieve voorwaarde ook *in het erfrecht* mogelijk is, wordt bevestigd door HR 17 januari 1996, BNB 1996/112, HR 5 november 1997, BNB 1998/8 en HR 16 januari 2004, NJ 2004/487 ('Boerenplaatsje').

41 *Kamerstukken II* 2000/01, 17 213, nr. 6, p. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag).

42 Ten aanzien van de in art. 7:177 BW geregelde schenking ter zake des doods,

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

die vanwege haar beoogde werking na overlijden een zeer sterke gelijkenis met het legaat vertoont (art. 7:177 BW verlangt voor de werking van de schenking ter zake des doods, dat zij in een notariële akte is neergelegd en dat zij door de schenker persoonlijk is aangegaan) wordt opgemerkt dat het herroepingsbeding ook kan inhouden dat na schenkers dood zijn *erfgenamen* tot de herroeping kunnen overgaan. Zie Van Mourik & Verstappen, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 656-657; F. Schols 2011, p. 42-43. Mellema-Kranenburg, 'De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe schenkingsrecht?', *Nieuw Erfrecht* 2004, afl. 3, p. 41 merkt in dit kader evenwel op dat de erfgenamen de schenking niet onbeperkt kunnen herroepen, omdat dan sprake kan zijn van een verboden wilsdelegatie. Of de schenking wordt herroepen, mag haars inziens niet van de *willekeur* van de erfgenamen afhangen. F. Schols 2011, p. 43 is daarentegen van mening dat 'daar waar er geen beperking geldt voor de schenker op dit vlak, die er ook niet voor zijn erfgenamen is'. Over de herroepelijke schenking ook Asser/Perrick 2013 (4), nr. 283 e.v.; Vegter, 'Het civielrechtelijk kader van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008, 6744; Maasland, 'De herroepelijke schenking en de (ontbonden) gemeenschap van goederen', *Nieuw Erfrecht* 2007, afl. 1; Blokland, 'De herroepelijke schenking als sturingsmechanisme', *FTV* 2007, 6; Burgerhart, *Bedrijfsopvolging; erfrechtelijke aspecten en schenkingsaspecten, preadvies KNB* 2005, p. 376 e.v.; F. Schols, 'De nieuwe schenkingsregeling, Een gift voor estate planners?!', *WPNR* 2001, 6433, waarin ook naar voren komt dat de herroepelijke schenking in de estateplanningspraktijk goede dienst kan bewijzen. Zie over de fiscale gevolgen van de schenking: Van Vijfeijken, 'De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking', *WPNR* 2008, 6744.

43 Asser/Perrick 2013 (4), nr. 284; zie ook Mellema-Kranenburg, *Nieuw Erfrecht* 2004, afl. 3, p. 40 en F. Schols 2011, p. 42.

44 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 175. Vgl. paragraaf IV 'Willekeur en de redelijkheid en billijkheid'.

45 Vgl. hiermee ook hetgeen ik opmerkte in paragraaf III met betrekking tot Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205.

46 Vanuit de idee dat zo veel mogelijk uitvoering dient te worden gegeven aan erflaters laatste wil, kan evenwel de vraag worden gesteld of niet enkel de voorwaarde nietig zou moeten zijn (vgl. art. 4:45 BW).

47 Zie ook paragraaf IX over de herroepelijke schenking.

48 *Kamerstukken II* 1992/93, 17141, nr. 12, p. 39 (MvA II), Parl. Gesch. Inv., p. 1771.

49 Zie paragraaf VII met betrekking tot § 2065 I BGB.

50 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008, nr. 176.

51 Vgl. hiermee hetgeen ik opmerkte in paragraaf III met betrekking tot Hof Arnhem 10 januari 1934, NJ 1934, p. 1205.

© Boom Juridische uitgevers

Dit artikel uit Family & Law is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker