

HET SCHENKINGSVERBOD TUSSEN ECHTGENOTEN, NA INVOERING VAN HET NIEUW BW MEER DAN OOI T NODIG

mr J. van Duijvendijk-Brand

1. Inleiding

Art. 1715 BW dat schenkingen tussen echtgenoten verbiedt, kent een lange rechtshistorie. Al in de Romeinse tijd waren schenkingen tussen echtgenoten verboden¹⁾. Niettegenstaande zijn eerbiedwaardige voorgeschiedenis wordt het schenkingsverbod in het Nieuw BW geschrapt. Een bepaling als art. 1715 BW zou niet meer passen in onze tijd²⁾. Of dit werkelijk zo is, valt naar mijn mening nog te bezien. Wel zeker is, dat art. 1715 BW een inbreuk vormt op de hoofdregel dat iedere handelingsbekwame bevoegd is tot het verrichten van (alle) rechtshandelingen. In die zin past het schenkingsverbod niet in het systeem³⁾. Vanuit dogmatisch oogpunt lijkt schrapping dus juist, maar of de praktijk er ook mee gediend is kan worden betwijfeld.

2. Ratio van het schenkingsverbod

Als redenen voor het schenkingsverbod vindt men in de literatuur niet steeds dezelfde genoemd. Zij verschillen ook naar tijd. Zo treft men bij de oudere schrijvers nog de bescherming van het belang van de kinderen als grond voor het schenkingsverbod aan, maar in recente literatuur wordt deze grond nauwelijks meer genoemd. De ratio wordt nu gezocht in de bescherming van derden, maar nog meer in de bescherming van echtgenoten jegens elkaar⁴⁾. De behoefte om de echtgenoten jegens

1) Vgl. hierover A.R. de Bruyn, WPNR 3859

2) In deze zin: van der Ploeg WPNR 4722, p.220 en in iets andere bewoordingen K.L.H. Van Mens, diss. UvA 1985, p.151

3) Vgl. over de algemene aspecten van de handelingsonbevoegdheid de bijdrage van Mevr. mr T.J. Mellema-Kranenburg in deze bundel

4) In deze zin ondermeer: De Bruyn-Soons-Kleijn, p. 104 en Klassen-Eggen-Luyten; p.61-62. Daarentegen wordt de ratio door (Vervolg Voetnoot)

elkaar te beschermen, wordt ingegeven door de gedachte dat de innige betrekking tussen de echtelieden tot ongeoorloofde pressie (om te schenken) zou kunnen leiden. Die innige betrekking is voor anderen overigens juist weer reden geweest om met kracht te pleiten voor schrapping van het schenkingsverbod, omdat men toch aan niemand liever een schenking doet dan aan degene met wie men lief en leed deelt⁵⁾. Zonder twijfel getuigt deze visie van een idealistische kijk op het huwelijk, meer dan de - meer realistische, zo men wil, pessimistische - opvatting dat men bevreesd moet zijn voor onbehoorlijke beïnvloeding. We moeten ons dus afvragen waar het recht meer behoefte aan heeft: aan de mogelijkheid om schenkingen te doen aan degene met wie men lief en leed deelt (hetgeen dan tevens in overeenstemming is met de regel dat ieder bevoegd is om rechtshandelingen te verrichten), of aan een bescherming van schuldeisers en van echtgenoten jegens elkaar. Daartoe zullen we bekijken of en in hoeverre deze bescherming reeds door andere regelingen voldoende gewaarborgd is, dit alles bezien in het licht van de invoering van het Nieuw BW.

3. Is het schenkingsverbod overbodig?

a. Wie verdient bescherming en waartegen?

Over de bescherming van de belangen van de kinderen kunnen we hier kort zijn. Deze ratio wordt niet meer door de huidige rechtsopvattingen geschraagd. Algemeen is men van mening dat de rechten van de kinderen afdoende worden beschermd door de bepalingen inzake de legitieme portie en de daarmee samenhangende inkortingsregels voor giften. Zo dadelijk zullen we zien, dat dit standpunt inzake de ratio van het schenkingsverbod consequenties heeft voor het oordeel dat men heeft met betrekking tot de sanctie.

Bij de bescherming van derden zullen we wat langer verwijlen. Allereerst dient ons duidelijk voor ogen te staan waartegen derden in

(Vervolg Voetnoot)

Van Mens (a.w. p.150) voornamelijk en door J.Klein, Preadvies, Cand.Not.1962, p.53, uitsluitend in de bescherming van crediteuren gezocht

5) Aldus: Bakker-Nort, aangehaald in het preadvies van Klein (p.49)

hun verhouding tot echtgenoten beschermd dienen te worden: dit is tegen teleurstellingen in hun verhaalsmogelijkheden. De crediteur die weet dat zijn wederpartij in gemeenschap van goederen getrouwd is, mag er in beginsel op rekenen dat het gehele aanwezige vermogen gemeenschappelijk is en dus tot verhaal strekt. Maar ook: degene die handelt met iemand die buiten iedere gemeenschap van goederen is gehuwd behoeft geen rekening te houden met het feit dat het huis dat op naam van zijn wederpartij staat, aan de andere echtgenoot toebehoort (vgl. ook HR 2 april 1976, NJ 1976, 450, m.n.WMK (Modehuis Nolly)). Deze gedachte, te weten dat derden moeten kunnen afgaan op de verhaalsmogelijkheid zoals deze hen blijkt, ligt ook ten grondslag aan diverse voorschriften die publikatie voorschrijven, zoals de art. 86,110,112,-116 en 121 BW.

De vraag is nu, of het schenkingsverbod bij de bescherming van derden nog een zelfstandige rol speelt, of dat de belangen van derden in het Nieuw BW, zoals onder meer van Mens stelt, voldoende worden beschermd door de algemene regels van crediteursbescherming⁶⁾. We zullen deze vraag hieronder aan een nadere beschouwing onderwerpen en daarbij vooral de aandacht richten op de positie van de crediteuren in geval van faillissement.

b. De regeling der pauliana

De nieuw in te voeren regeling der pauliana (art. 3.2.11-3.2.11c Nieuw BW en art. 42 e.v. Fw (Invoeringswet boeken 3-6, 1e gedeelte) bevat voor wat betreft het vereiste van wetenschap van benadeling een versoepeling. Voor rechtshandelingen om niet, verricht binnen een jaar voordat een beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid ex art. 3.2.11 Nieuw BW, c.q. voor het faillissement, geldt het vermoeden van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar (art. 3.2.11b Nieuw BW en art. 45 Fw (Inv.wet boeken 3-6, 1e gedeelte)). De huidige faillissementswet beperkt deze omkering van de bewijslast tot rechtshandelingen om niet die binnen 40 dagen voor de faillietverklaring zijn verricht, terwijl art. 1377 BW een dergelijke regeling in het geheel niet kent. De

6) a.w., p.151

belangen van derden lijken door de nieuwe regeling dus inderdaad beter gewaarborgd.

c. Het belang van art. 61 Fw

Daarmee is echter nog niet alles gezegd. De bescherming van derden omvat naar het huidig recht nog meer dan de regeling der pauliana. De art. 61 e.v. Fw staan eveneens geheel in het teken van deze bescherming. De bepalingen komen voort uit het wantrouwen dat de wetgever jegens de echtgenoten koestert, waar het hun houding ten opzichte van crediteuren betreft. Men is bevreesd voor samenspanning van de echtelieden tegen de crediteuren en door middel van de art. 61 e.v. Fw wordt getracht hiertegen een dam op te werpen. Het gaat dan met name om art. 61 Fw, bepalende dat de echtgenoot van de failliet zijn privé goederen uit de failliete boedel terug mag nemen, indien hij erin slaagt het (verzwaarde) bewijs van privé zijn te leveren. Lukt hem dit niet, dan worden de goederen tot de failliete boedel gerekend. Verder zij hier nog gewezen op art. 63 Fw, waarin wordt bepaald dat het faillissement van de in enige gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot deze gemeenschap omvat.

Voor *ten huwelijk aangebrachte goederen* is de regeling van art. 61 Fw vrij eenvoudig: de aanbreng kan slechts bewezen worden door vermelding op de staat van aanbrengst (art. 61 lid 2 Fw jo 130 BW). Wie dus vóór het huwelijk verworven goederen buiten enige gemeenschap wil houden, kan dit slechts doen door deze op de staat van aanbrengst te laten vermelden. Laat hij dit achterwege, dan heeft het geen enkele zin later te beweren dat bepaalde goederen door hem ten huwelijk zijn aangebracht en mitsdien privé zijn. Voor samenspanning van de echtgenoten hoeft hier dan ook niet gevreesd te worden, ook na invoering van het Nieuw BW niet: immers wat bij de aanvang van het huwelijk privé is gebleven, blijkt uitsluitend en alleen uit de (notariële) akte van huwelijkse voorwaarden dan wel uit de door partijen en notaris ondertekende, aan de minuut van de akte vastgehechte verklaring. Schrapping van het schenkingsverbod verandert hier niets aan: de echtgenoot die beweert dat een goed hem destijds door de andere echtgenoot bij het huwelijk is geschonken, zal slechts in zijn bewijs van (privé)eigendom

slagen, indien hij én de schenking bewijst én het goed bovendien op de staat van aanbrengst vermeld staat.

Ten aanzien van de *goederen die tijdens het huwelijk worden verworven*, liggen de zaken iets gecompliceerder. Zoals bekend blijven *giften en erfrechtelijke verkrijgingen* buiten de gemeenschap van vruchten en inkomsten en van winst en verlies, terwijl deze verkrijgingen wel in de algehele wettelijke gemeenschap van goederen vallen, tenzij hieraan een uitsluitingsclausule is verbonden. De titel van verkrijging bepaalt hier dus of een goed in, dan wel buiten de gemeenschap valt. Hier kan men zich samenspanning tussen echtgenoten beter voorstellen: in geval van faillissement beweren beide echtgenoten dat een aantal van de aanwezige goederen door de niet failliete echtgenoot krachtens schenking of erfrecht (in geval van gemeenschap van goederen: onder uitsluitingsclausule) verkregen is, met als gevolg dat deze goederen privé eigendom van deze echtgenoot zijn en dus buiten het faillissement blijven. Het fingeren van een dergelijke verkrijging lijkt niet al te moeilijk, zeker niet als degene van wie men beweerdelijk geschonken heeft gekregen is overleden. Voor een verkrijging krachtens erfrecht geldt iets soortgelijks: hoe aantrekkelijk is het niet voor de echtgenoten om te beweren, dat de aanwezige (kostbare) sieraden door erfenis zijn verkregen en hoe lastig vaak niet om deze beweringen op hun juistheid te controleren ?

Om die reden heeft de wetgever het *bewijs* van privé zijn in art. 61 lid 3 Fw verzaard: voor rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn kan het bewijs in geval van faillissement alleen door beschrijving of bescheiden geleverd worden. Onder beschrijving verstaat men een authentieke of onderhandse akte van boedelbeschrijving. Als bescheiden worden aangemerkt alle geschriften waaruit de overtuiging omtrent het werkelijk bestaan van de erfenis, making of schenking redelijkerwijs kan worden geput. Als voorbeelden van dergelijke bescheiden kunnen worden genoemd akten houdende een verdeling, testamenten, akten van afgifte van legaten, schenkingsakten en aangiften voor het recht van successie of schenking. Door deze bewijsvoorschriften wordt het de echtgenoten dus vrijwel onmogelijk gemaakt om, door het fingeren van een verkrijging krachtens schenking of erfrecht, gemeenschapsgoederen of goederen van de failliet aan het faillissementsbeslag te onttrekken. De aard van de bescheiden die als bewijs

kunnen dienen, brengt mee dat voor frauderen niet gevreesd hoeft te worden: testamenten (notariële akte), aangiften voor het recht van successie of schenking (geregistreerd bij de belastingdienst) e.d. laten zich niet vervalsen.

Maar daarmee is het systeem nog niet helemaal sluitend. Wellicht heeft de niet failliete echtgenoot de goederen die hij krachtens schenking of erfrecht (in zijn privé-vermogen) heeft verkregen, inmiddels verkocht en mogelijk heeft hij met de opbrengst andere goederen aangeschaft. Zowel de opbrengst als de wederbelegging blijven nu krachtens het beginsel van zaaksvervanging privé. Daarmee ligt in geval van faillissement van de andere echtgenoot opnieuw de weg naar fraude open. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Gesteld dat de vrouw met de opbrengst van de geërfde (in haar privé-vermogen vallende) sieraden (f 5000,-) een vakantiereis voor beiden bekostigt. De man koopt in datzelfde jaar een pakket toonder-aandelen, eveneens voor een bedrag van f 5000,-, welke aankoop betaald wordt uit overgespaarde inkomsten. Deze aandelen vallen in het faillissement van de man. Zou de man de vakantiereis betaald hebben en de vrouw haar geld in aandelen belegd, dan zouden deze nu buiten het faillissement vallen. Het gevaar lijkt dus niet denkbeeldig, dat de echtgenoten er de voorkeur aan geven de zaken aldus voor te stellen. Om die reden is het vierde lid van art. 61 Fw opgenomen: goederen die door belegging of wederbelegging zijn verkregen, kunnen slechts door de niet failliete echtgenoot uit het faillissement worden teruggenomen, indien deze erin slaagt (door bescheiden) te bewijzen dat het om belegging van privé gelden handelde.

Daarmee lijkt de kring rond: door het schenkingsverbod kunnen de echtgenoten geen onderlinge vermogensverschuivingen teweeg brengen, althans niet onaantastbaar.⁷⁾ Derden kunnen dit wel, maar daarvan is ook geen benadeling van de schuldeisers van de echtgenoten te vrezen. Wel bestaat het gevaar, dat de echtgenoten dergelijke verkrijgingen fingeren of dat zij omtrent de wederbelegging een verkeerde

7) De ratio van het verbod, onder andere bescherming van crediteuren, dwingt mijns inziens tot de conclusie dat ook de curator hier een beroep op kan doen. In dezelfde zin HCF Schoordijk, WPNR 5712, p.570.

voorstelling van zaken geven. Daartegen waken echter de leden 3 en 4 van art. 61 Fw.

De vraag is nu of door schrapping van het schenkingsverbod geen afbreuk wordt gedaan aan dit stelsel van derdenbescherming. Daarbij bedenke men dat art. 61 lid 3 Fw niet is geschreven voor schenkingen tussen echtgenoten, maar voor schenkingen (en erfrechtelijke verkrijgingen) afkomstig van derden. Is dit artikellid na schrapping van het schenkingsverbod nu ook van toepassing op een schenking tussen echtgenoten? Aan bewijsverzwaring lijkt in dat geval zeker niet minder behoefte te bestaan, dan wanneer het een schenking door een derde betreft. Hierboven zagen we al dat deze bewijsverzwaring hierin bestaat, dat van de echtgenoten bewijs door beschrijving of bescheiden wordt verlangd. Voor de verkrijgingen waarvoor art. 61 lid 3 geschreven is, zal dit - gezien de aard van het verlangde bewijs - waarschijnlijk wel werken. Maar het is twijfelachtig of dit ook zo is met schenkingen tussen echtgenoten. Men kan zich immers afvragen, of de echtgenoten zich van het simuleren van een schenking laten weerhouden, enkel en alleen door het vereiste van een schriftelijk bewijs. Het lijkt me onwaarschijnlijk: wie er niet mee zit de curator om de tuin te leiden, zal met het schriftelijk vastleggen van een gefingeerde schenkingsovereenkomst toch niet zo veel meer moeite hebben.

Dit alles spreekt nog meer wanneer men bedenkt dat in het Nieuw BW elk vormvereiste voor de totstandkoming van een schenking is komen te vervallen: notariële akte, noch overgifte van hand tot hand zijn meer nodig. Schenking is in het Nieuw BW een puur consensuele overeenkomst geworden. Het ontbreken van formele criteria helpt de echtgenoten een aardig handje: ze hoeven "niet echt" te frauderen, ze behoeven "slechts" de schenking die ze ooit bedoeld hebben alsnog schriftelijk vast te leggen en te antedateren, waarbij dan wel bedacht dient te worden dat de dagtekening tegenover derden slechts vrije bewijskracht heeft. Wanneer het gekozen tijdstip verder dan een jaar vóór het faillissement ligt, dan bieden de pauliana ook niet veel uitkomst. Het zal in dat geval voor de curator immers niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat de schuldenaar ten tijde van het doen van de schenking wist of behoorde te weten dat benadeling van crediteuren het gevolg zou zijn.

De tekst van art. 61 lid 3 Fw laat overigens nog ruimte voor de opvatting, dat ook een later opgemaakt geschrift ten bewijze van een eerder tot stand gekomen schenking een bescheiden in de zin van bedoeld wetsartikel is. Dit zal echter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, want daarmee zou de bepaling elke betekenis verliezen.

Voorlopige conclusie: de door art. 61 lid 3 geboden bescherming wordt door invoering van het Nieuw BW, waarin het schenkingsverbod wordt geschrapt en de vormvereisten voor schenking komen te vervallen, uitgehold.

Nu één schakel van de ketting gebroken is, komt ook de rest van de bescherming in gevaar. Het bewijs van belegging en wederbelegging uit het art. 61 lid 4 is immers mede hieróm moeilijk te leveren, omdat de echtgenoten niet naar believen privé-vermogen bij de ander kunnen creëren. Wanneer dit uitgangspunt niet meer klopt, is het bewijs van belegging of wederbelegging in dat opzicht niet meer moeilijk. Na schrapping van het schenkingsverbod, is het wel degelijk mogelijk om een onroerend goed veilig te stellen voor het verhaal van crediteuren, door opnaamstelling van de andere echtgenoot. Dit kan door het onroerend goed te schenken, maar ook door schenking van de koopsom waarmee het onroerend goed verworven wordt. In dit laatste geval, gaat het onroerend goed dan via de regels van zaaksvervangning tot het vermogen van de andere echtgenoot behoren en kan deze in geval van faillissement van zijn wederhelft (die de aankoop in wezen gefinancierd heeft) het onroerend goed uit de failliete boedel opvorderen, nu aan het vereiste van art. 61 lid 4 (belegging van privé-gelden) voldaan is.

Van Mourik⁸⁾ suggereert in zijn bespreking van het Modehuis Nolly arrest dat in een dergelijk geval echtscheiding als een ontbindende voorwaarde moet worden beschouwd, dit op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar waarom dan ook geen ontbindende voorwaarde gemaakt van het faillissement van de echtgenoot aan wie geschonken is? Men realiseer zich de gevolgen: in geval van faillissement van deze echtgenoot valt het onroerend goed in het faillissement, maar de curator is verplicht een bedrag ter waarde van de koopsom aan de ander uit te keren. De mogelijkheid bestaat zelfs dat voor deze toekomstige schuld

8) M.J.A. van Mourik, WPNR 5702, alsook WPNR 5712

een vuistpand of stil pand is gevestigd (art. 3.9.1.5 jo 3.9.2.1 en 2 Nieuw BW). En in geval van echtscheiding geldt min of meer hetzelfde: de verhaalsmogelijkheden van de echtgenoot op wiens naam het onroerend goed staat blijken ineens minimaal te zijn. Ook verder liggen de problemen hier voor het oprapen: aan wie der echtgenoten komt bijvoorbeeld een eventuele waardeestijging van het onroerend goed ten goede, indien er sprake is van een schenking onder ontbindende voorwaarde? Problemen die weliswaar niet exclusief voor de schenking gelden, maar die door schrapping van het schenkingsverbod alleen nog maar in aantal zullen toenemen.

4. De aan schrapping van het schenkingsverbod verbonden voordelen

a. Welke behoefte bestaat er aan schenking tussen de echtgenoten voor wat hun interne verhouding betreft?

Wie nu iets van zijn wederhelft geschonken krijgt, loopt steeds het risico dat de schenking later nog eens door diezelfde echtgenoot, of door de curator in diens faillissement wordt vernietigd. Gevolg van deze vernietiging: het geschonken goed moet worden teruggegeven. Aan deze onzekerheid komt een einde, wanneer men het schenkingsverbod schrapt. Het is echter de vraag, in hoeverre aan het doen van schenkingen van enige omvang tussen echtgenoten behoefte bestaat.

Richt men het oog op de periode tijdens het huwelijk, dan lijkt die behoefte zeer gering te zijn. Het voorbeeld dat de ene echtgenoot aan de ander een auto wil geven om daarmee boodschappen te doen of naar zijn werk te gaan, voldoet niet als argument. Dit kan immers onder de verplichting uit art. 81 BW om "het nodige te verschaffen" worden gebracht. Aan een schenkingsovereenkomst heeft men in dat geval absoluut geen behoefte. Verder bedenke men, dat schenkingen van geringe omvang in het tweede lid van art. 1715 BW van het schenkingsverbod zijn uitgezonderd.

Maar, zo zal men waarschijnlijk tegenwerpen, er zijn toch zeker vermogensverschuivingen te bedenken die niet meer als een voldoening aan de verplichting uit art. 81 BW kunnen worden beschouwd. Wat bijvoorbeeld te denken van het volgende voorbeeld? Echtgenoten zijn

buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd, de man verdient als enige inkomen, de vrouw heeft geen cent. Omdat ze deze situatie bij nader inzien toch onbevredigend vinden, besluiten zij het vermogen eenvoudig bij helfte te verdelen. Hier zal men inderdaad tot een schenking moeten concluderen. De schenkingsconstructie is hier echter niet nodig en evenmin gewenst.

Ze is niet nodig omdat de echtgenoten hetzelfde kunnen bereiken door hun huwelijksvermogensregime te wijzigen in de wettelijke gemeenschap van goederen, welke wijziging niet als een schenking wordt beschouwd, aldus uitdrukkelijk de Hoge Raad in zijn arrest van 28 januari 1959, NJ 1959, 171, alsook in HR 17 maart 1971, NJ 1972, 136 m.n. EAAL. Voor heffing van schenkingsrecht is in dat geval dus geen plaats.

Onwenselijk is een dergelijke schenking, omdat de belangen van de crediteuren in belangrijke mate kunnen worden aangetast, zonder dat de vermogensverschuiving, zoals bij het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden staande huwelijk, aan rechterlijke controle is onderworpen⁹⁾. Betreft men daarbij nog de hierboven gesignaleerde aantasting van de door art. 61 lid 3 en 4 Fw geboden bescherming, dan wordt wel duidelijk dat schrapping van het schenkingsverbod ongewenste effecten heeft, terwijl de behoefte eraan vooralsnog gering lijkt.

b. Mogelijke externe redenen om het verbod van schenking tussen echtgenoten te schrappen

Nu het belang van schenkingen tussen echtgenoten voor hun interne verhouding gering lijkt, rijst de vraag of dat belang dan wellicht gelegen is in externe redenen. Bij externe redenen zou men kunnen denken aan de heffing (c.q. vrijstelling daarvan) van schenkingsrecht of successierecht. Is het wellicht zo dat een echtgenoot pas voor de jaarlijkse vrijstelling van schenkingsrecht van bijna f 4000,- (art. 33, sub 7 Sw) in aanmerking kan komen wanneer het schenkingsverbod vervalt? Dit lijkt niet het geval te zijn, nu art. 1 lid 2 Sw onder schenking zelfs de (uitgevoerde) nietige schenking bergijpt: wanneer

9) Vgl. ook C.J. van Zeben, NJB 1961, p. 753

daarover heffing plaats vindt, zal ook de vrijstelling toegepast moeten worden. Neemt men aan, dat er slechts sprake is van vernietigbaarheid van de schenking, dan speelt dit probleem al helemaal niet.

Een andere externe reden voor het doen van schenkingen, is mogelijk gelegen in de wens van de echtgenoten om bepaalde goederen of waarden voor het verhaal van schuldeisers veilig te stellen. Zo leidde van Mourik¹⁰⁾ uit de feitelijke gegevens van het Modehuis Nolly arrest af, dat de bedoeling van de echtgenoten geen lastgeving, maar schenking (van de koopsom) moet zijn geweest. Door opnaamstelling van de man, beoogden de echtgenoten immers het onroerend goed voor crediteuren van de vrouw veilig te stellen. Dat dit, in geval van faillissement, niet bereikt wordt door de enkele opnaamstelling, heb ik hierboven al aangegeven. Schenking van de koopsom is naar het huidig recht wel mogelijk, maar deze is aantastbaar, ook door de curator in het faillissement. Na schrapping van het schenkingsverbod lukt het veilig stellen wel. Zoals ik hierboven heb betoogd, bestaat hieraan echter geen behoefte. Het gevaar bestaat immers dat de belangen van de crediteuren worden geschaad, zonder dat daartegen kan worden opgetreden met de pauliana of met art. 61 Fw en ook zonder dat er aan dergelijke schenkingen echt behoefte bestaat.

c. Het gevaar van pressie tussen de echtgenoten

Tot nu toe heb ik nog gezwegen over de derde reden die genoemd is voor het schenkingsverbod, te weten de bescherming van de echtgenoten tegen ongeoorloofde pressie van de ander. Deze reden wordt door de meeste schrijvers als de belangrijkste voor het verbod van art. 1715 BW genoemd, maar eveneens wordt hierover opgemerkt dat deze zienswijze uit de tijd is. Waarom dit het geval zou zijn, is mij volstrekt niet duidelijk. Zijn echtgenoten tegenwoordig zoveel anders dan vroeger, in die zin dat van pressie in onze moderne tijd geen sprake meer kan zijn? En wat te denken van het argument dat in goede huwelijken voor een onbehoorlijke beïnvloeding van de partner niet gevreesd hoeft te

10) M.J.A. van Mourik, WPNR 5702, alsook WPNR 5712

te worden. Zo dit al een argument zou zijn, wijst dit dan niet juist in de richting van handhaving van het schenkingsverbod, dit gezien de hoge echtscheidingscijfers? Men mag er immers gevoelig van uit gaan, dat juist de periode vóór echtscheiding er een is (althans kan zijn), waarin het huwelijk niet meer zo goed is. Als het dan tot echtscheiding komt, dan dreigt het volgende beeld te ontstaan: iedere echtgenoot kan nu van alle aanwezige goederen beweren dat deze hem geschonken zijn, voor zo'n schenking - we merkten het al eerder op - geldt in het Nieuw BW geen enkel vormvoorschrift: een nieuwe bron van problemen bij boedelscheiding, dunkt me. Slechts enkele voorbeelden ter illustratie: heeft de man de juwelen die hij van zijn moeder heeft geërfd inderdaad aan de vrouw geschonken, of was het slechts zijn bedoeling haar de juwelen te laten dragen? Heeft de vrouw inderdaad beloofd, dat het spaarbank-tegoed "natuurlijk ook van de man was" en is daarmee een schenking bedoeld, waarvan bij echtscheiding alsnog nakoming kan worden verlangd, of bedoelde zij slechts dat ze er beiden van zouden profiteren, nu het tegoed voor vakanties e.d. zou kunnen worden aangewend. Het is niet moeilijk nog meer voorbeelden te bedenken, waaruit blijkt dat de vraag of er tussen echtgenoten sprake is geweest van een schenking vaak uiterst lastig lastig te beantwoorden zal zijn. Art. 3.2.10 lid 4 NBW kan m.i. geen oplossing brengen voor de hier gesignaleerde problemen. Het bewijs dat er misbruik van omstandigheden is gemaakt, lijkt me - waartussen echtgenoten vrijwel alles zich binnenskamers afspeelt - nauwelijks leveren.

5. Conclusie

Deze kan kort en (hopelijk) duidelijk zijn. Aan schenkingen tussen echtgenoten bestaat geen behoefte. Schrapping van het schenkingsverbod in combinatie met het laten vervallen van de vormvereisten voor schenking doet afbreuk aan de bescherming van crediteuren en zal de problemen rond de boedelscheiding bij echtscheiding alleen maar vergroten. Mijn advies luidt dan ook: schrap de schrapping (van het schenkingsverbod).