OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1965 - 1969) (*)

SCHENKINGEN EN TESTAMENTEN

door

Roger DILLEMANS

Hoogleraar aan de Universiteit te Leuven

INHOUD

Hoofdstuk I. **Oorzaken en voorwaarden : giften aan een bijzit** (1 - 4).

1. De beslissende beweegreden. — 2. Het bestaan van het concubinaat. — 3. Behandeling van de concubine als een echtgenote. — 4. Sanctie : volstrekte nietigheid.

Hoofdstuk II. **Toestemming en bekwaamheid** (5 - 6).

5. Gezondheid van geest. — 6. Bekwaamheid om te ontvangen.

Hoofdstuk III. **Vorm van de testamenten** (7 - 14).

7. Doorhalingen, toevoegingen en overschrijvingen. — 8. Materiële hulp. — 9. De betekenis van de handtekening. — 10. Onvolledige datum. — 11. Het dictee en het schrijven bij het openbaar testament. — 12. *Postscriptum*. — 13. *Codicil*. — 14. Verloren testament.

Hoofdstuk IV. **Interpretatie van testamenten** (15 - 20).

15. Beroep op *extrinsieke elementen*. — 16. Toepassing. — 17. Het *precatief testament*. — 18-19. Legaat van *al wat zich in een huis bevindt*. — 20. Bevoegde rechter.

Hoofdstuk V. **Kwalificatie van legaten** (21 - 24).

21-22. Het legaat *de residuo*. — 23. Het legaat van *al of een deel* van het geld dat de testator bij zijn dood zal nalaten. — 24. Het legaat van het beschikbaar deel.

Hoofdstuk VI. **Wederkerige testamenten** (25 - 27).

25-26. Verbod. — 27. Sanctie.

Hoofdstuk VII. **Herroeping van testamenten** (28 - 32).

28. Herroeping van een vruchtgebruik. — 29. Simultane testamenten. — 30. Successieve testamenten. — 31. Stilzwijgende herroeping. — 32. Verdwijning van de oorzaak. — Vergoedend legaat.

Hoofdstuk VIII. **Schenkingen onder de levenden (vorm)** (33 - 42).

33. Koop-schenking : schenking van het goed of van de prijs. — 34. Schenking met last. — 35-36. Schenking van een lijfrente. — 37-38. Vrijstelling van inbreng. — Vormvereisten. — 39. Handgift. — 40-42. Vermomde schenking.

Hoofdstuk IX. **De ouderlijke verdeling** (43 - 46).

43. Begrip. — 44. De *dubbele akte*. — 45. De *schenking van de eventuele meerwaarde*. — 46. Vrije samenstelling van de kavels.

(*) Het eerste overzicht (voor de periode 1961-1964) verscheen in *T.P.R.*, 1965, 605-639.

HOOFDSTUK I

OORZAAK EN VOORWAARDEN : GIFTEN AAN EEN BIJZIT

1 – De beslissende beweegreden. — Het cassatiearrest van 19 januari 1968 (*Arr. Cass.*, 1968, 686, met noot; *Pas.*, 1968, I, 640, met noot *W.G.*; *J.T.*, 1968, 204) bevestigt het door het hof in 1953 ingenomen standpunt betreffende de geldigheid van de concubinaatsschenkingen (Cass., 13 november 1953, *R.C.J.B.*, 1954, 5; zie : vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 605).

In het aan het hof voorgelegde geval ging het om een *overeenkomst* tussen de concubine en de zoon van de in concubinaat levende man waarbij de zoon zich verbindt om, vanaf het overlijden van zijn vader, in te staan voor een wekelijkse uitkering tot levensonderhoud aan de bijzit, tot haar zoon de leeftijd van 21 jaar zou bereiken en mits zij inmiddels niet hertrouwde noch *concubineerde*. Niettegenstaande de overeenkomst werd afgesloten enkele dagen vóór het overlijden van de gezel en het ging om een *duurzaam feitelijk gezin*, dat zelfs niet overspelig was, wordt de rechtshandeling vernietigd omdat ze berust op een *ongeoorloofde oorzaak* (art. 1131-1133 B.W.) : *in casu* de beloning van de ongeoorloofde betrekkingen.

De concubinerenden zijn weliswaar bekwaam om elkaar te begiftigen (art. 902 B.W.), maar de nietigverklaring van dergelijke schenkingen is verantwoord wanneer één van de beslissende beweegredenen van de beschikking om niet een ongeoorloofd karakter heeft (zie ook : Brussel, 28 april 1966, *Jur. comm. Brux.*, 1967, 32; — Rb. Nijvel, 23 december 1965, *Rec. jur. Niv.*, 1965-66, 96; — Rb. Brussel, 27 juni 1968, *J.T.*, 1968, 531). Dit is het geval wanneer de vrijgevige met zijn schenking het concubinaat wil doen ontstaan, in stand houden of belonen (zie : Brussel, 28 april 1966, *Bull. Ass.*, 1968, 601, met noot L.D.; *Jur. comm. Brux.*, 1967, 32; — Brussel, 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 654; — Luik, 3 april 1968, *Pas.*, 1968, II, 190; *Jur. Liège*, 1968, 73; — Rb. Brussel, 27 juni 1968, *J.T.*, 1968, 531).

2 – Het bestaan van het concubinaat. — Dit bestaan moet zeker zijn; dit impliceert het bestaan van *sexuele relaties*. „Louter genegenheidsbetrekkingen welke kunnen bestaan tussen een man en een vrouw die elk gehuwd zijn of van wie een van beiden door huwelijksbanden verbonden is, hebben op zichzelf *geen* immoreel karakter" (*Cass.*, 5 februari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1735, met noot C. Caenepoel; *J.T.*, 1970, 278).

3 – Behandeling van de concubine als een echtgenote. — Dit speciaal motief werd weerhouden door het hof te Luik in een arrest van 3 juni 1965 (*J.T.*, 1965, 690, met conclusie O.M.). Hier werd bij het beroep op de sinds 1953 klassieke motivering, de beoordeling van de geoorloofdheid ongunstig beïnvloed door de storend verregaande gelijkstelling van de concubine met een echtgenote : „Attendu qu'il l'a traitée comme sa femme

légitime, lui donnant son nom dans la correspondance, annonçant avec elle la naissance d'un enfant adultérin, et finalement l'instituant légataire à titre universel en lui attribuant, après divers legs particuliers, „la part d'enfant" que la loi lui aurait permis d'attribuer à une seconde épouse." De rechtspraak kent verschillende gevallen waar de aard van de schenking en de omvang van het legaat een belangrijke rol in de appreciatie vervullen (zie de verwijzingen in het hierna geciteerd werk van H. Vandenberghe, onder nr. 91.2). Anderzijds komt het *para*-matrimoniale van de verhouding als bijzonder storend voor. Men leze over deze laatste strekking en over het gehele probleem het waarschijnlijk ophefmakend proefschrift van H. Vandenberghe, assistent aan de Rechtsfaculteit te Leuven, *De juridische betekenis van het concubinaat*, thans ter perse (Story-Scientia, Gent).

4 – SANCTIE : VOLSTREKTE NIETIGHEID. — Een schenking die stoelt op een ongeoorloofde oorzaak heeft de volstrekte nietigheid van de vrijgevigheid tot gevolg. Bevestiging van dergelijke schenkingen is derhalve uitgesloten. Een toepassing van deze regel in een wel heel bijzonder geval werd gemaakt door het hof van beroep te Brussel (29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 654). Bij een huwelijkscontract tussen (*ex*-) concubinerenden worden de vroegere schenkingen aan de concubine opgesomd als haar persoonlijke goederen. Het hof ziet daarin geen nieuwe, zij het onrechtstreekse gift, maar de — ondoelmatige — bevestiging van een nietige schenking.

HOOFDSTUK II

TOESTEMMING EN BEKWAAMHEID

5 – GEZONDHEID VAN GEEST. — De interpretatie van artikel 901 B.W., dat van de schenker of testator de *gezondheid van geest* vereist, krijgt zeker sinds het arrest van het hof van beroep te Brussel van 21 juni 1963 (*Rev. prat. not.*, 1964, 289-298, besproken in het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 611-613), een vaste omlijning : de gezondheid van geest is een speciale vereiste die strenger is dan die van het gemeenrecht der overeenkomsten : niet alleen de afwezigheid van toestemming, krankzinnigheid of de gekwalificeerde gebreken in de toestemming maken de beschikking ongeldig : een gewone wijziging in, of een verzwakking van de wilsklaarheid op het ogenblik van de beschikking volstaat hiertoe. Onder de uitspraken in de besproken periode die deze stelling volgen, releveren wij een vonnis van de rechtbank te Bergen van 23 november 1964 (*J.T.*, 1965, 155, met advies O.M.; *Rev. prat. not.*, 1965, 127) en een arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 oktober 1965 (*Rev. prat. not.*, 1968, 392).

De moeilijke kwestie blijft steeds die van de bewijslevering en hierin is de rechtspraak streng : het bewijs moet worden geleverd van de gebrekkige wilsklaarheid op het ogenblik zelf van de rechtshandeling.

In het aangehaalde arrest wordt gesteld dat een habituele toestand van mindere wilsklaarheid (*in casu* wegens alcoholisme) als dusdanig geen

bewijs levert van de ongezondheid van geest bij het opmaken van de akte; dat is dan in overeenstemming met de bestaande rechtspraak (zie het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 611-613); het feit dat de testator dadelijk na het maken van zijn testament zich het leven benam, bewijst evenmin de ongezondheid van geest.

Maar anderzijds toch — en dat is ook in overeenstemming met vorige uitspraken (Cass., 15 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 713; — Brussel, 21 juni 1963, gecit.) — volstaat het bewijs van de wilsalteratie onmiddellijk voor en na het stellen van de rechtshandeling om een vermoeden te scheppen en aldus de bewijstlast om te keren. In het vonnis van de rechtbank te Bergen wordt — iets algemener — het bewijs van een habituele toestand van geestesverzwakking of bizarre opvattingen aangehouden als voldoende bewijs, tenzij tegenpartij aantoont, dat bij het stellen van de rechtshandeling betrokkene zich bevondt in een *lucidum intervallum*. (In dezelfde zin: Rb. Mechelen, 6 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 230.)

Deze omkering van de bewijslast is in de praktijk zeer belangrijk. En hiermee wordt dan het algemene probleem gesteld : hoe *eigenaardig* moeten de bepalingen van een testament of de levenswijze van de testator wel zijn om een vermoeden van ongezondheid van geest te scheppen?

In feite stelt men vast dat de stelling over de gezondheid van geest op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling, wegens de moeilijkheid van dit bewijs in positieve of negatieve zin, volledig overschaduwd wordt door de omkering van de bewijslast die volgt uit de aanneming van het vermoeden gesteund op een habituele toestand van geestesverzwakking.

6 – Bekwaamheid om te ontvangen. — Om bij testament te kunnen ontvangen moet men bestaan op het ogenblik van de dood van de erflater (art. 906 B.W.). Een fysisch persoon moet reeds — en nog — in leven zijn; een vereniging dient rechtspersoonlijkheid te hebben en nog te bezitten.

Het hof te Luik verklaarde dan ook terecht dat een v.z.w. in vereffening geen legaat meer kan opnemen (Luik, 22 mei 1968, *Jur. Liège*, 1968, 66; *Pas.*, 1968, II, 227). Zij wordt slechts geacht nog te bestaan om de in uitvoering zijnde zaken tot een goed eind te brengen. Het vermogen van de v.z.w. kan slechts aangroeien met datgene wat reeds *potentieel* aanwezig was op het ogenblik van de beslissing tot vereffening door de algemene vergadering. Dit was zeker niet het geval voor het legaat, daar het recht op een legaat slechts ontstaat op het ogenblik van de dood van de erflater.

HOOFDSTUK III

VORM VAN DE TESTAMENTEN

7 – Doorhalingen, toevoegingen en overschrijvingen door de testator. — Als deze alleen een vooraf bestaande beschikking ontwikkelen of preciseren, en geen afzonderlijke nieuwe beschikking vormen, en dus de hoofdinhoud van het testament niet wijzigen, moeten zij niet speciaal ondertekend worden. De aard van de doorhalingen, enz... is een feitenkwestie, door de feitenrechter te appreciëren (Cass., 9 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 125; *T. not.*, 1968, 206; *Pas.*, 1968, I, 1050). (In die zin reeds : Cass., 17 februari 1876, *Pas.*, 1876, I, 93; — Cass., 13 april 1882, *Pas.*, 1882, I, 108.)

Daarbij heeft het, mijns inziens, anders dan een gedeelte van de recente rechtspraak vooropstelt (Rb. Brussel, 3 februari 1966, *R.W.*, 1965-66, 1509; — vgl. : Luik, 11 oktober 1966, *Pas.*, 1967, II, 146, verbroken door het gemeld cassatiearrest), geen belang of deze doorhalingen, enz... gelijktijdig of later zijn aangebracht; alleen hun *aard* is beslissend (Cass., 17 februari 1876, gecit.; — Gent, 23 juli 1916, *Pas.*, 1917, II, 118; — De Page, nr. 862, in noot).

Het is derhalve maar wanneer de bijschriften of wijzigingen een nieuwe beschikking inhouden, dat zij afzonderlijk dienen ondertekend en gedagtekend te worden (Cass., 9 mei 1968, gecit.; — Rb. Namen, 27 mei 1908, *B.J.*, 1908, 675). En hier speelt m.i. het tijdstip *wel* een rol : wanneer de wijzigingen gelijktijdig met de redactie van het testament zijn aangebracht, moeten zij niet afzonderlijk worden ondertekend en gedagtekend.

Deze stelling wordt aangenomen door een arrest van het hof te Luik van 11 oktober 1966 (*Pas.*, 1967, II, 146; het arrest spreekt echter niet van het door het hof van cassatie gemaakte onderscheid volgens de aard van de wijziging en het werd dan ook wegens onvoldoende motivering verbroken, maar *in casu* ging het blijkbaar om een wijziging in de beschikking zelf : het bedrag van het legaat werd gewijzigd als gevolg van een later feit; (in dezelfde zin reeds een vroeger arrest van hetzelfde hof van 8 december 1934, *R.W.*, 1934-35, 1503, dat zelfs vooropstelt dat, behoudens tegenbewijs, deze wijzigingen moeten worden geacht gelijktijdig met de redactie van het testament te zijn aangebracht).

De uitspraak van het hof te Luik lijkt mij dus juist te zijn, want het ging m.i. om een wijziging van de inhoud, en vermits de wijziging later was aangebracht, hoefde zij ondertekend te zijn. Het hof had natuurlijk eerst duidelijk moeten stellen dat het om een wijziging van de inhoud ging. Het hof van cassatie onttrok zich daarbij m.i. te gemakkelijk door er op te wijzen dat het om een feitenkwestie ging, temeer daar de motivering de mening van het hof laat doorschijnen dat het alleen maar om een ontwikkeling of precisering ging. De moeilijke kwestie is : wanneer heeft men te maken met een *ontwikkeling of precisering* : een legaat van 285.000 F vervangen door een van 275.000 F is dat m.i. niet.

8 – Materiële hulp. — De rechtspraak is inzake de hulp van een derde bij de redactie van een eigenhandig testament stilaan gevestigd : een louter materiële hulp van een derde tast de geldigheid van een testament niet aan, wanneer in feite vaststaat dat het testament het spontaan en doordacht werk van de erflater is en dat de derde enkel een louter materiële hulp heeft geboden (Brussel, 19 oktober 1960, *T. not.*, 1962, 89; *Pas.*, 1961, II, 251; — Gent, 11 december 1961, *T. not.*, 1962, 69). Aldus verklaart de rechtspraak niet zonder meer ongeldig het testament dat afgeschreven is van een ontwerp opgemaakt door een derde (Brussel, 25 november 1959, *T. not.*, 1961, 76).

Op deze beginselen werd gesteund door het hof van cassatie om zelfs een testament te valideren waarin de testatrice een vooraf in potlood aangebrachte tekst overschreef (Cass., 5 november 1965, *R.W.*, 1965-66, 1500; *T. not.*, 1966, 155; *Pas.*, 1966, I, 305). Er was door het hof van beroep bevonden dat de testatrice de schrijfwijze niet volledig volgde en zich de tekst volledig eigen maakte, dat zij voldoende kon lezen en schrijven en dat zij geenszins afhankelijk was geweest van een anders wil (Brussel, 14 september 1963, *Pas.*, 1964, II, 252). Dat verklaart dan enigszins deze verregaande uitspraak.

9 – De betekenis van de handtekening. — Het hof van cassatie heeft in twee arresten zijn definitie van de testamentaire handtekening vastgelegd : het is het met de hand geschreven teken waardoor de testator *gewoonlijk* zijn persoonlijkheid *aan derden* laat kennen (Cass., 7 januari 1955, *Pas.*, 1955, I, 456; *Ann. not. enreg.*, 1955, 305; — Cass., 2 oktober 1964, *R.W.*, 1965-66, 1440; *T. not.*, 1966, 85; *Pas.*, 1965, I, 106).

Deze wel zeer strenge bepaling liet het hof toe, in het eerst gemelde arrest, de ondertekening door de testatrice, met haar *familiale functie* (moeder, grootmoeder) als ongeldig te beschouwen. Het lijkt mij overdreven streng voor een document als een testament dat toch meestal in de familiale intimiteit dient gelezen, en trouwens dikwijls geformuleerd wordt als een bericht, soms zelfs in briefvorm, hetgeen toegelaten is, aan de legatarissen-familieleden zelf. De Franse rechtspraak stelt deze vereiste niet.

In het tweede arrest wordt onderzocht of de schrijfwijze van de naam aan hetzelfde criterium beantwoordt : het moet de gewone manier van ondertekenen zijn in akten t.a.v. derden. Het hof besliste dat het beroepshof uit de gedane vaststellingen kon afleiden dat noch het voluitschrijven van de voornaam, noch de afwezigheid van een paraaf onderaan de betwist handtekening toelieten deze te beschouwen als niet overeenstemmend met de gewone handtekening van de erflater.

Ook in deze toepassing lijkt het wel dat het gestelde principe nuancering vraagt. Of de testator de bedoeling heeft gehad het document van een handtekening te voorzien, kan blijken uit een reeks gegevens, waaronder natuurlijk ook het aangegeven element, en maakt een feitenkwestie uit. Hoe dikwijls komt het niet voor dat personen, wanneer zij een heel belang-

rijke akte moeten ondertekenen, speciaal in een officiële pen klimmen en een voorheen nog maar zelden gezien *produkt* leveren, dat zij menen veel officiëler te zijn, bv. de echtgenote die voor het eerst haar meisjesnaam ontdekt of die van haar, eventueel overleden, man eraan toevoegt, of haar maritale status wil beklemtonen (weduwe, enz...).

Zie voor deze problematiek, het kritisch artikel van J. G. Renauld in de *Revue pratique du notariat*, 1965, 309-319. Zie eveneens het advies van proc.-gen. Hayoit de Termicourt bij Cass., 7 januari 1955 en de noot daaronder van E. de Smet in *Ann. not. enreg.*, 1955, 315. (Vgl. : twee vonnissen van de rechtbank te Mechelen, vóór en na... : Rb. Mechelen, 25 oktober 1949, *R.W.*, 1949-1950, 402 („uw broeder Joseph" : geldig) en Rb. Mechelen, 2 juli 1957, *T. not.*, 1957, 167 („Tante Pauline" : ongeldig), dit laatste werd bevestigd door het hof van beroep te Brussel, 15 april 1959, *Pas.*, 1960, II, 65 ; — zie ook : Brussel, 13 mei 1959, *Pas.*, 1960, II, 139.)

Daarmee heeft de rechtspraak in feite van de geldigheidsvereiste inzake de handtekening een *vormvereiste stricto sensu* gemaakt : de rechter moet en mag geen onderzoek instellen naar de *ratio legis* en de doelstelling die de wetgever had met de vereiste van de handtekening te stellen, om deze dan als uitgangspunt te nemen en dan eventueel te bevinden dat een onvolledige handtekening die kan worden aangevuld of een ongewone wijze van ondertekenen toch aan de voorwaarde voldoet. (Zie de geciteerde noot van E. de Smet, *Ann. not. enreg.*, 1955, 316.) Deze houding aannemen is de vereiste van de handtekening op zichzelf beschouwen, d.i. als een vormvereiste die als dusdanig en dus volledig moet zijn verwezenlijkt. Men kan zulke stelling alleen maar betreuren en wensen dat deze rechtspraak mettertijd zal plaats maken voor een andere die bv. met de relatieve duiding van de handtekening (bv. binnen de familiekring) vrede neemt en dus als enige vereiste stelt de voldoende *identificatie* en de aanwezigheid van de *wil om zich de tekst toe te eigenen*, m.a.w. een *functioneel* criterium aanlegt en van de vereiste geen vorm op zichzelf maakt, zoals dit het geval is in de Franse rechtspraak (zie bv. : Cass. fr., 24 juni 1952, *D.H.*, 1952, 613 ; *J.C.P.*, 1952, 7179, met goedkeurende noot P. Voirin ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1952, 531, met goedkeurende noot R. Savatier (handtekening met voornaam alleen, hoewel deze niet de gewone manier was om te tekenen inzake rechtshandelingen).

Hoewel deze rechtspraak van het hof van cassatie niet precies aanduidt uit welke elementen de handtekening dan wel moet bestaan (familienaam, voornaam, voornamen, initialen, bijnaam, artistieke naam...) (zie : Piret et Pirson, *Chron. jur.*, *R.C.J.B.*, 1956, 136) — zij eist alleen dat het de naam weze waarmee men in een bredere kring zijn persoonlijkheid gewoonlijk laat kennen — heeft zij normaal toch tot gevolg dat het in de regel moet gaan om de handtekening volgens de burgerlijke wet waarmee men rechtshandelingen ondertekent : familienaam en, in beginsel, ook de voornaam of een initiaal ervan, met de algemeen aanvaarde faciliteit dan voor de gehuwde — niet de uit de echt gescheiden of de na het overlijden van

de man hertrouwde — vrouw, om de naam van haar man te gebruiken (zie : Brussel, 13 mei 1959, *Pas.*, 1960, II, 139 : weduwe ondertekent met haar naam en die van haar man, hoewel zulks niet haar gewoonte was : geldig).

Maar er is geen enkele reden om het rigorisme van ons cassatiehof nog uit te breiden en het gebruik van bijnamen, artistieke namen of aangenomen namen (bv. kloosternamen, alleen een voornaam bevattend) als dusdanig uit te sluiten (zoals De Page wenst, die nog vóór de gemelde cassatiearresten deze meest rigoristische houding aanprees, *o.c.*, nr. 863, B) : zij dienen m.i. te worden aanvaard als zij de aanduiding zijn waarmee men zich gewoonlijk t.o.v. derden laat kennen, wat wel dikwijls het geval is met deze personen.

Eigenlijk veronderstelt de regel van het cassatiehof dat men zich reeds in bredere kring gewoonlijk zou hebben laten kennen. Voor de personen die zulks niet... verwezenlijkten, zal men maar moeten aannemen dat hun burgerlijke naam aan het criterium beantwoordt (zoniet zouden zij nog geen testament kunnen maken! — vgl. : Renauld, *art. cit.*, *o.c.*, 316).

10 – Onvolledige datum. — De nog steeds besproken vraag of een onvolledige datum in een eigenhandig testament kan aangevuld worden door gegevens buiten het testament werd door het hof van beroep te Brussel positief beantwoord in een hoogst eigenaardig en wel vrij gunstig geval (Brussel, 26 november 1969, *R.W.* 1969-70, 1239). Een bijna ongeletterde vrouw maakt twee *testamenten* op met eenzelfde inhoud, het ene echter zonder handtekening (maar wel met volledige dagtekening : 17 *oktober* 1950); het andere met als enige dagtekening 17 *oktober*. Uit een nauwkeurig onderzoek van beide documenten besluit het hof dat zij concomitant zijn en dat een van hen van het ander afgeschreven werd. Het tweede werd als geldig aanvaard en het hof stelt als regel dat de datum mag aangevuld worden door gelijkwaardige elementen in of zelfs buiten het testament, op voorwaarde dat de geloofwaardigheid van het testament hierdoor niet wordt aangetast.

Voor een onbegrijpelijk strenge uitspraak in het geval van een openbaar testament, zie : Gent, 8 januari 1962, *T. not.*, 1964, 158 (besproken in het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 625).

11 – Het dictee en het schrijven bij het openbaar testament. — De notaris mag zich bij de redactie van het testament bedienen van nota's die hij tijdens voorafgaande besprekingen heeft genomen; hij mag deze nadien aanvullen met preciseringen hem door de testator gegeven, o.m. op vragen die hij aan de testator heeft gesteld en gevolgd door een algemene goedkeuring vanwege de testator na voorlezing. Aldus een arrest van ons hoogste gerechtshof (Cass., 24 april 1967, *Pas.*, 1967, I, 999). Men kan die bevestiging van een zich ontwikkelende rechtspraak alleen maar toejuichen.

Deze rechtspraak komt steeds meer los van alle formalisme en valideert steeds gemakkelijker een testament, wanneer voldoende gegevens erop wijzen dat de testator vrij ondubbelzinnig, met kennis van de betekenis zijner woorden en ook met een zekere spontaneïteit zijn wil te kennen heeft gegeven (Gent, 24 januari 1956, *R.W.*, 1956-57, 613; *T. not.*, 1956, 68, met noot). De eigenlijke vereiste blijft inderdaad steeds dat het testament dàt van de testator is en niet dàt van de notaris, het weze nog dat deze de testator op bepaalde punten opmerkzaam heeft gemaakt of bepaalde termen of formules heeft gesuggereerd. Er is vooral een evolutie kenbaar geweest in de rechtsleer die thans aanvaardt dat de notaris vragen zou stellen aan de testator, op voorwaarde dat dezes vrijheid en de spontaneïteit van zijn beschikkingen daardoor niet belemmerd wordt (A.P.R., Tw. *Testamenten*, door H. Jacobs, nr. 130 e.v. met talrijke verwijzingen; — C. Keyser, *Het dicteren bij het openbaar testament*, *T. not.*, 1944, 17; — Boonen, H., noot onder Gent, 23 april 1952, *R.W.*, 1951-52, 1729). De notaris kan vragen stellen aan de testator, bv. om te weten of de door hem neergeschreven tekst — na dictee — wel de juiste weergave is van de geuite wil of om verdere uitleg desbetreffende te vernemen (Luik, 16 juni 1880, *Pas.*, 1881, II, 396; — Gent, 24 januari 1956, gecit.). Een stelselmatige ondervraging waarop de erflater zich vergenoegd heeft bevestigend te antwoorden (Rb. Gent, 8 november 1944, *T. not.*, 1945, 172; — Rb. Luik, 21 januari 1944, *Rev. prat. not.*, 1945, 56 : „le testateur était incapable de dicter un testament et n'a fait que répondre par monosyllabes..."; — zie ook : Luik, 9 februari 1948, *Pas.*, 1951, II, 58; — Rb. Nijvel, 28 januari 1908, *Rev. prat. not.*, 1908, 661) en zeker de ondervraging die alleen door tekenen en gebaren van de testator wordt beaamd volstaat bv. niet (Rb. Brussel, 13 juni 1963, *Pas.*, 1964, III, 56). Als de inhoud van het testament alleen maar zijn herkomst dankt aan bepaalde antwoorden op vragen van de notaris, is het niet meer echt het testament van de testator (Rb. Gent, 8 november 1944, gecit. — Luik, 25 januari 1949, *Rev. prat. not.*, 1949, 47; — Cass. fr., 15 juni 1911, *D.*, 1913, 1, 382, enz.).

Als besluit zou men kunnen stellen : de vereiste van het dictee in artikel 972 B.W. wordt niet meer in zijn strikte letterkundige betekenis genomen : de notaris mag vragen stellen ter vervollediging en precisering van de wil van de erflater; de uitgesproken woorden moeten niet letterlijk op de akte worden overgebracht : de notaris mag een betere (dialect!), meer precieze en meer juridisch-technische formulering verkiezen. Maar steeds blijft nog de vereiste dat er een mondelinge — ik meen ook bij wijze van gebarentaal — overdracht weze van de eigenlijke inhoud van het te maken testament. Een *testament door ondervraging* ware niet geldig. Het dictee kan aangevuld, maar niet vervangen worden door ondervraging en nota's (zie de motivering van het arrest van het hof te Parijs, 2 maart 1959, *Ann. not.*, 1960, 104, met noot L. Acheroy). De wetgever heeft de vereiste van het dictee vooropgesteld als de concrete vorm die het essentiële in het notarieel, zoals in elk testament, moest vrijwaren nl. dat het testament het werk van de testator zij, dat deze zijn wil vrij, uit eigen conceptie, maakt.

Daarom leggen vele uitspraken de nadruk op een minimum-vereiste spontaneïteit vanwege testators wil. Wat de rechtspraak wil afwijzen is het testament gemaakt op aanwijzing, op *suggestie* door de *notaris*, waarbij beschikkingen zelf — niet alleen de wijze van uitdrukking ervan — door de notaris gesuggereerd worden (Luik, 16 juni 1880, *Pas.*, 1881, II, 396).

Dat is inderdaad het enige dat telt. De vereiste van het dictee is meer een gebrekkig, want te vormelijk, middel. Het is te streng en niet streng genoeg. Daarom ook verkiest men in de rechtsleer bijna unaniem het stelsel van het Nederlands B.W. waar elke opgave van de wil van de erflater ook buiten het mondeling dictee, aanvaard wordt, als maar zijn vrije, duidelijke en spontane wilsuiting gewaarborgd is. *De lege ferenda* is deze hervorming voorzeker aangewezen.

12 – Postscriptum. — De toevoeging van een *postscriptum* vergt ook geen speciale dagtekening noch handtekening, wanneer de testator zelf de aanhechting aan het testament beklemtoonde en dus op de eenheid van het gehele testament wees (Luik, 19 januari 1966, *Pas.*, 1967, II, 11 : de toevoeging was voorafgegaan door de vermelding *P.S.* en door de woorden : *continuation de mon testament*).

13 – Codicil. — Anders dan in beide voorgaande gevallen is het gesteld met de opstelling van een *codicil*, dat aan een vroeger testament een nieuwe beschikking van een latere datum toevoegt. Eigenlijk is het een echt nieuw testament en moet dus zelf aan alle vormvereisten voldoen (Rb. Brussel, 3 februari 1966, *R.W.*, 1965-66, 1509).

14 – Verloren testament. — Zich baserend op artikel 1348, 4° B.W. neemt de rechtspraak aan dat het bewijs van het bestaan, de geldigheid en de inhoud van een verloren testament kan geleverd worden met alle bewijsmiddelen, o.a. vermoedens. Hiertoe kan een beroep worden gedaan op een fotokopie van het testament hoewel deze op zichzelf vanzelfsprekend geen bewijskracht bezit (Brussel, 14 februari 1968, *Pas.*, 1968, II, 148). Het is evident dat bij de levering van dat moeilijke bewijs, de voorlegging van een fotokopie van de grootste betekenis is en dat de rechter dit niet kan verwaarlozen.

HOOFDSTUK IV

INTERPRETATIE VAN TESTAMENTEN

15 – Beroep op „extrinsieke elementen". — Een arrest van het hof van cassatie beslist dat het testament slechts door het bewijs van extrinsieke elementen mag uitgelegd worden, wanneer het onduidelijk, dubbelzinnig of tegenstrijdig is en, derhalve, op zich zelf niet mogelijk maakt de juiste

draagwijdte ervan te bepalen (Cass., 15 maart 1968, *R.W.*, 1967-68, 1945; *T. not.*, 1968, 133).

Daarmee wordt het algemeen probleem van de interpretatieleer nopens de testamenten gesteld. Het is dat van de tegenstelling tussen het formalisme dat onvermijdelijk aan het testament — vormelijke akte — verbonden is en de tendens om — met alle middelen dan — achter de precieze bedoeling van de testator te komen. Deze laatste heet natuurlijk de meest vooruitstrevende te zijn en de meest sympathieke. Maar, zo eenvoudig liggen de zaken niet.

Onze wetgever heeft van het testament een vormelijke akte gemaakt die een geschrift vereist. Het maken van een testament is een belangrijke rechtshandeling die het patrimonieel beheer van een gans leven afsluit en het lot van een meestal aanzienlijk patrimonium voor de toekomst regelt. Daarbij komt nog dat het testament als eenzijdige wilsuiting een persoonlijke en *intieme* daad is, die om *erga omnes* effect te kunnen hebben voldoende duidelijk moet zijn en voor zichzelf sprekend. Die pas gelezen, geïnterpreteerd, beoordeeld en uitgevoerd wordt op een ogenblik dat de steller er niet meer is om verklaringen af te leggen, of voor anderen onvermoede elementen ter staving aan te voeren.

Daarom is de houding van de wetgever te begrijpen zowel *anno* 1804 — toen nog niet ieder kon schrijven — als thans. Het testament moet een op zichzelf staand volkomen document zijn dat voor zich en uit zichzelf spreekt, een eenheid vormt, zich als dusdanig opdringt, voor allen leesbaar en controleerbaar is en geen externe elementen behoeft om aangevuld of geïnterpreteerd te worden en te gelden.

Omwille van dit vormelijk karakter verliest de interpretatieleer, zoals de bewijsleer, uit het gemeenrecht van de verbintenissen een deel van haar mogelijkheden.

Men mag het testament niet hermaken, niets in de plaats stellen, niets verbeteren. Maar dit wil niet zeggen dat de interpretatie niet mogelijk is. En het aangegeven arrest zegt dat ook niet. Integendeel. Maar men zal zich dichter bij de tekst moeten houden, minder veronderstellingen maken, zich niet afvragen wat de testator zou gedaan hebben indien hij dit of zulks voorzien had.

Voor het testament wordt bij uitstek het fameus beginsel op zijn plaats geacht : wat klaar is moet niet geïnterpreteerd worden... De recente Franse rechtspraak en rechtsleer zijn daar echter niet zo zeker van (zie : Mazeaud, IV, nr. 1016, met verwijzingen), de Belgische rechtspraak en rechtsleer in de regel wel. (*Anders* nochtans : Rb. Antwerpen, 13 december 1957, *R.W.*, 1957-58, 869; — zie ook : Cass., 30 september 1955, *Pas.*, 1956, I, 68.)

Het is ongetwijfeld nuttig het beginsel inzake het testament aan te houden als een laatste *bastion* tegen de te gemakkelijke ontkrachting waaraan het testament zou onderhevig zijn op een ogenblik dat zijn maker er niet meer is om zijn tekst te verdedigen. Anders dan bij de contracten. Maar men mag het niet verkeerd verstaan : De Page spreekt van een *objectieve duidelijkheid*; pas wanneer objectief de bedingen ambigu, duister

of tegenstrijdig zijn, zou tot interpretatie moeten overgegaan worden. Interpretatie is niet tot deze hypothese beperkt. Interpreteren in de zin van peilen naar de grond van de betekenis en de bedoeling is steeds op haar plaats. *Objectieve duidelijkheid* bestaat trouwens niet. Duidelijkheid wijst op een inzicht. Wel moet men de gebruikte termen in hun normale betekenis nemen. Maar niets belet te bewijzen dat zij voor de testator een speciale, ongewone betekenis hadden. Een bijzondere toepassing van dit beginsel is te vinden in de aanwending door de testator van wettelijke of juridisch-technische termen.

M.i. helpt het beginsel alles samengenomen zelden tot een oplossing. Het mag nooit het verder onderzoek beletten. Interpretatie is vanzelfsprekend *nodig* bij *a*) onduidelijkheid, *b*) dubbelzinnigheid of *c*) tegenstrijdigheid. Zij is evenwel ook *mogelijk* t.a.v. een op zichzelf duidelijke beschikking die laat vermoeden dat de testator zich onvolledig of gebrekkig uitgedrukt heeft.

Het vormelijk karakter van het testament heeft wel gevolgen inzake de keuze van de middelen van bewijs en interpretatie. De huidige rechtsleer en rechtspraak (Brussel, 16 maart 1949, *J.T.*, 1949, 478, met motivering; — Gent, 15 mei 1956, *T. not.*, 1957, 43, met noot; *Rev. prat. not.*, 1956, 375; — Cass., 19 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 162, met noot; — Cass., 17 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1234) neemt het beroep op extrinsieke elementen aan, zoals :

— andere documenten van de testator, heel in het bijzonder een vroeger (herroepen) testament (Rb. Antwerpen, 13 juli 1956, *R.W.*, 1956-57, 580). De rechter kan zelfs bevel geven aan de notaris bij wie een vorig (herroepen) testament werd gemaakt om inage daarvan te geven (Rb. Antwerpen, 6 januari 1956, *R.W.*, 1955-56, 2019);

— feitelijke elementen inzake de persoonlijke situatie van de testator en zijn familie. (Een analyse van deze situaties kan dikwijls onduidelijkheden in het testament oplossen.) Zie voor een goed voorbeeld van zulke analyse : Rb. Antwerpen, 13 juli 1956 (gecit.);

— feitelijke elementen inzake de vertrouwdheid van de testator met juridische termen (voorbeeld : Brussel, 2 oktober 1962, *Pas.*, 1964, II, 10);

— feitelijke elementen inzake de verhouding tussen testator en familie of legatarissen (voorbeeld : Gent, 15 mei 1956, *T. not.*, 1957, 43, met noot; *Rev. prat. not.*, 1956, 375) enz...

Hierbij kunnen getuigenissen en vermoedens aanvaard worden.

Het aangehaalde arrest wijst het beroep op extrinsieke elementen niet af, maar gaat er integendeel van uit dat zulks aanvaardbaar is. Dat is belangrijk. Dit is in overeenstemming met de huidige rechtsleer en rechtspraak, zoals hoger aangeduid.

Maar het hof aanvaardt dat de wil van de testator bij voorkeur en vooreerst wordt nagespeurd aan de hand van uitleggingselementen die in de akte zelf voorkomen. Zulks is trouwens in overeenstemming met artikel 1158 B.W. uit het gemeenrecht : de akte dient beschouwd als één geheel en elk element dient uitgelegd tegen de achtergrond daarvan.

En, stelt het hof verder voorop, indien de wil van de testator voldoende blijkt uit de bewoordingen van het testament is beroep op extrinsieke elementen overbodig en af te wijzen.

Deze kwestie van de duidelijkheid is dan een feitenkwestie waarover de rechter ten gronde oordeelt.

Noteren wij nog dat het *in casu* ging om een veelvuldig voorkomend toepassingsprobleem : de verdeling bij staken of bij hoofden. Men weet wel dat de plaatsvervulling een instelling is eigen aan het erfrecht, die als dusdanig niet op het testamentair recht van toepassing is. Maar het is goed mogelijk en zelfs dikwijls te verwachten dat de testator in de toewijzing van de delen aan het voorbeeld van de gewone verdeling bij staken uit het erfrecht *ab intestato* gedacht heeft. Ook omdat het een vrij normale regeling is.

16 – TOEPASSING. — Een toepassing van het beginsel dat een testament interpreteren in geen geval betekent aan het testament, *per analogiam* een andere hypothese toevoegen die niet door de testator was voorzien, vinden wij in het arrest van het hof van beroep te Brussel van 5 maart 1968 (*Pas.*, 1968, II, 171) : testatrice had een gemeente als algemeen legataris aangesteld in het geval haar echtgenoot vóór haar zou overlijden. De rechtbank van eerste aanleg had ten onrechte hiermee gelijkgesteld het algemeen geval waar de echtgenoot om welke reden ook (verzaking, herroeping wegens ondankbaarheid) van zijn legaat niet zou kunnen genieten.

Te noteren dat én rechtbank én hof terecht de toepassing van de wettelijke vermoedens van overleving verwierpen (zie het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 622).

17 – HET „PRECATIEF TESTAMENT". — Het testament houdt een waarachtige wilsbeschikking in. De testator drukt geen hoop uit, brengt geen wens naar voor, hij *beschikt*. Het louter *precatief testament* heeft dus geen effect (Rb. Brussel, 7 juni 1899, *Pas.*, 1899, III, 275). Maar de rechter mag niet altijd op de gebruikte termen afgaan : wensen, verzoeken, enz... kunnen de betekenis van een echte beschikking hebben.

Deze zienswijze, die de rechtspraak zich reeds lang eigen maakte (zie bv. : Rb. Dinant, 1 december 1960, *Jur. Liège*, 1960-61, 126; — Rb. Antwerpen, 13 mei 1905, *B.J.*, 1906, 1134; — Rb. Brussel, 3 februari 1904, *J.T.*, 1904, 325; — Gent, 23 juli 1916, *Pas.*, 1917, II, 118; *Rev. prat. not.*, 1915-16-17, 113; — Rb. Bergen, 18 oktober 1957, *J.T.*, 1958, 328; *Rec. gén.*, 1960, 13; *Rev. prat. not.*, 1958, 265; — Brussel, 19 maart 1958, *J.T.*, 1958, 668; *Ann. not. enreg.*, 1953, 355; — Rennes, 7 december 1955, *Ann. not. enreg.*, 1956, 203; *Rev. prat. not.*, 1956, 405) is ongetwijfeld juist. Het is weer een kwestie van interpretatie. De uiterste wilsbeschikking is inderdaad aan geen sacramentele uitdrukkingen gebonden (Rb. Kortrijk, 27 mei 1955, *J.T.*, 1956, 184; *Rev. prat. not.*, 1956, 127; — Rb. Nantes, 26 mei 1904, *Pas.*, 1904, IV, 139; *Rec. gén.*, 1905, 239. Het testament blijft een

testament niettegenstaande de verkeerde rubricering van de gestelde rechtsbehandeling : Gent, 15 maart 1962, *T. not.*, 1963, 179).

Zij werd in de besproken periode nog duidelijk bevestigd door een arrest van het hof van beroep te Brussel van 10 december 1968 (*Ann. not. enreg.*, 1969, 49). De testator had verschillende malen de formule *je désire* gebruikt, ook daar waar het niet anders dan om een duidelijke wilsbeschikking kon gaan : *ik wens begraven te worden in de familiekelder*, een *wens* nopens de tegeldemaking van een kostbare postzegelverzameling door een vriend-expert, enz. Het hof concludeert — zo te zien zeer terecht — uit het geheel van de beschikkingen van het testament dat het om een echte beschikking gaat. Belangrijk element is inderdaad welke plaats het *verzoek* in het geheel van het testament inneemt. Bijkomend kan ook rekening gehouden met de gewone wijze van uitdrukken van de testator. Het kan, volgens zijn aard, een vriendelijke onrechtstreekse omschrijving zijn, uitdrukking van een zachte aard, of ook... het omgekeerde : de normale uitdrukking van personen wier wens tijdens hun leven ook wet was...

18 – LEGAAT VAN „AL WAT ZICH IN EEN HUIS BEVINDT". — Het bekend interpretatieprobleem betreffende legaten van de goederen die zich in een huis bevinden, kreeg in de besproken periode nog een goed gemotiveerde beslissing in het arrest van het hof te Brussel van 8 oktober 1969 (*Ann. not. enreg.*, 1969, 292). In mijn vorig overzicht van rechtspraak (*T.P.R.*, 1965, 623) heb ik de rechtspraak uitvoerig onderzocht. De stelling van de rechtspraak blijft : indien het testament op geen andere bedoeling wijst, moet men artikel 536 B.W. toepassen op het geval van een legaat van *een huis met al wat zich daarin bevindt* (of varianten daarop), hoewel dit artikel alleen spreekt van verkoop of schenking. En volgens genoemd artikel zijn in zulk legaat niet begrepen het gereed geld, noch de schulden of andere rechten waarvan de titels in het huis mochten zijn neergelegd. *In casu* luidden de termen van het testament als volgt „la maison ... ainsi que tout ce contient ladite maison, meubles ainsi que tout autre objet, bien ou valeurs, qui s'y trouveront...". Deze specifieke vermeldingen vormden volgens het hof geen beletsel om toch hypothecaire schulden en spaardeposito's uit te sluiten.

19 – Op artikel 536 B.W. kan nochtans alleen worden beroep gedaan als het gaat om een legaat van het huis (appartement) met al wat zich daarin bevindt. De nadruk ligt dan inderdaad op het huis, en wat zich erin bevindt is de bijzaak, zodat de wetgever dit terecht beperkte tot de stofferende huisraad. Als het huis niet wordt meegelegateerd geldt deze *ratio* niet en hernemen de woorden hun normale betekenis : *al wat zich in een huis bevindt*, begrijpt dan ook alles, met inbegrip van bv. het liggend geld en de titels, zoals de algemene bepaling van artikel 535 B.W. aangeeft (Brussel, 28 oktober 1968, *Pas.*, 1969, II, 18), in overeenstemming met de vroegere rechtspraak (zie het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 623-624).

20 — BEVOEGDE RECHTER. — De interpretatie van een testamentaire beschikking (*in casu* nopens de identiteit van de legataris) behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechter en bv. niet tot die van de Raad van State (arrest van de Raad van State van 16 juni 1964, *Pas.*, 1965, IV, 48; *Rev. prat. not.*, 1966, 383).

HOOFDSTUK V

KWALIFICATIE VAN LEGATEN

21 – HET LEGAAT „DE RESIDUO". — Dit is het legaat van datgene wat overblijft nadat een of meerdere bijzondere legaten zijn gemaakt. Het is een algemeen legaat (Luik, 13 augustus 1835, *Pas.*, 1835, II, 313; — Rb. Brussel, 6 december 1899, *J.T.*, 1899, 1337; *Pas.*, 1901, III, 201; — Rb. Charleroi, 31 juli 1911, *Pas.*, 1913, III, 14; *P.P.*, 1913, 667, *Rev. prat. not.*, 1912, 584; — Rb. Aarlen, 11 juli 1917, *Rev. prat. not.*, 1922, 90; — Brussel, 11 januari 1922, *B.J.*, 1922, 272; — Brussel, 16 juni 1948, *R.W.*, 1948-49, 148; — Rb. Bergen, 6 november 1950, *J.T.*, 1951, 602; — Cass. fr., 17 oktober 1906, *Pas.*, 1908, IV, 79; — De Page, VIII, 2, nr. 962; — Laurent XIII, nr. 516).

Dit werd bevestigd bij het arrest van 13 juni 1967 van het hof van beroep te Brussel (*Pas.*, 1968, II, 19). Zulks is conform met het beginsel dat de kwalificatie van de legaten verwijst naar de roeping van de legataris, die hier algemeen is : indien één van de bijzondere legatarissen zijn legaat niet opeist, of zijn aanspraak erop verliest, herneemt de algemene aanspraak van de legataris voor het geheel; het praktisch criterium is : tot wat is de legataris geroepen; wat kan hij in het beste geval opnemen?

Het vermelde arrest van het hof te Brussel past deze kwalificatie ook toe op het geval van een legaat in naakte eigendom. Dat is de juiste beslissing. En hiervoor moeten wij zelfs niet in het traditionele debat duiken nopens de kwalificatie van een legaat van een vruchtgebruik van de ganse nalatenschap, dat ondertussen trouwens is opgelost door de rechtspraak, ook in de zin van een algemeen legaat (zie het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 620). Voor het legaat in naakte eigendom is er immers nooit twijfel geweest : dezelfde kwalificatie geldt als voor een legaat in volle eigendom; niet alleen is, volgens de huidige rechtspraak, de omvang en niet de inhoud van het recht beslissend, maar bovendien kan men zeggen dat hier inderdaad de roeping tot het geheel werkelijk aanwezig is : wanneer het vruchtgebruik wegvalt, wordt het eigendomsrecht weer volledig (Brussel, 21 maart 1849, *Pas.*, 1850, II, 256; — Rb. Brugge, 18 februari 1985, *Pas.*, 1895, III, 265; — Cass. fr., 3 december 1872, *D.P.*, 1873, I, 233; — De Page, VIII, 2, nr. 964, A; — Laurent, XIII, nr. 518; — Planiol et Ripert, V, nr. 614, 4°).

De combinatie van het legaat *de residuo* met het legaat van een naakte eigendom levert dan onvermijdelijk ook een algemeen legaat.

22 – Anderzijds werd door de rechtbank te Brussel o.i. correct beslist dat het legaat van een gedeelte (1/3, 1/4 enz.) van het surplus van de nalatenschap, dus na aftrek van bepaalde bijzondere legaten, een legaat te algemenen titel is (Rb. Brussel, 3 februari 1967, *J.T.*, 1967, 387, *Ann. not. enreg.*, 1968, 151; *Rev. prat. not.*, 1967, 401; beroep werd aangetekend).

23 – HET LEGAAT VAN AL OF EEN DEEL VAN HET GELD DAT DE TESTATOR BIJ ZIJN DOOD ZAL NALATEN. — Dit is een bijzonder legaat (Rb. Brussel, 9 februari 1965, *Pas.*, 1965, III, 124). Volgens de wijze van definiëren van de wet, is inderdaad elk legaat dat geen algemeen legaat is, noch een legaat te algemenen titel, een bijzonder legaat. En artikel 1010 B.W. geeft van de legaten te algemenen titel een duidelijk limitatieve opsomming. Ook het legaat bv. van de *resterende gelden* is een bijzonder legaat (Brussel, 24 november 1937, *J.T.*, 1938, 40; — en een *dictum* in het besproken vonnis).

24 – HET LEGAAT VAN HET BESCHIKBAAR DEEL. — Zulk legaat wordt in de regel als een algemeen legaat beschouwd, vermits, bij afwezigheid van reservatairen, of indien dezen hun reserve niet opeisen, of de nalatenschap niet aanvaarden, gans de nalatenschap het beschikbaar *deel* uitmaakt. Alles hangt nochtans dikwijls af van enkele nuances die op een andere intentie kunnen wijzen.

Anderzijds wordt meestal aangenomen dat de inkorting de roeping van het legaat en dus ook niet zijn karakter wijzigt : dit past wel in het kader van de theorie die de kwalificatie alleen laat afhangen van de roeping : de aard van het legaat wordt niet beoordeeld volgens het uiteindelijk effect. Het blijft m.i. toch betwistbaar.

Quid nu in het veel voorkomend geval van een alternatieve beschikking in deze aard : „ik legateer mijn goederen aan mijn echtgenote. In geval mijn kinderen de vordering tot inkorting instellen, legateer ik aan mijn echtgenote het grootste beschikbaar deel in volle eigendom en in vruchtgebruik" (art. 1094 B.W.). Het hof te Luik beoordeelde zulke beschikking in het zeer analoge geval van een contractuele erfstelling, als zijnde een legaat te algemenen titel (Luik, 7 november 1963, *Rev. prat. not.*, 1968, 139). Ik meen ook dat men hier niet mag twijfelen : de omvang van het legaat wordt door de testator zelf afhankelijk gesteld van het optreden van de reservatairen.

HOOFDSTUK VI

WEDERKERIGE TESTAMENTEN

25 – VERBOD. — Artikel 968 B.W. veroordeelt de testamenten die door twee of meer personen in éénzelfde akte zijn gemaakt. De *ratio* zou zijn het veilig stellen van de herroepelijkheid. Een betere naam zou zijn het

gemeenschappelijk testament. Wat verkeerd is, immers, is het feit dat het testament niet meer het individuele werk is van één persoon — onverschillig of de beschikkingen nu wederkerig zijn dan wel niet.

Maar men heeft maar met een gemeenschappelijk testament te doen als het gaat om *een en dezelfde akte*. Niets belet dat twee afzonderlijke testamenten op één blad voorkomen, als zij maar afzonderlijk zijn opgemaakt, gedagtekend en gehandtekend (Gent, 23 februari 1884, *Pas.*, 1884, II, 220; — Gent, 17 mei 1897, *Pas.*, 1897, II, 11; — Cass. fr., 11 december 1867, *D.P.*, 1867, 1, 47 : twee testamenten aangebracht *recto* en *verso* op eenzelfde blad; — Rb. Seine, 30 april 1936, *Rev. trim. dr. civ.*, 1936, 895).

Dit werd nog bevestigd bij het arrest van Luik van 5 maart 1968 (*Jur. Liège*, 1967-68, 89). *In casu* waren de twee testamenten zelfs gestoken in een — evenwel niet gesloten — omslag waarop de vermelding *Ceci est notre testament* en de handtekening van de twee testators voorkwamen; dit was, volgens het arrest geen beletsel.

Was vanzelfsprekend ook geen beletsel het feit dat de twee testamenten in gelijke vorm waren gesteld. Hetgeen bij testamenten van man en vrouw alleen maar normaal is. Elk van de testatoen, voegt het arrest eraan toe, kon op elk ogenblik zijn testament herroepen — hetgeen men altijd kan, ook bij een echt wederkerig testament. Determinerend is eerder het besef van de testator dat hij zulks kan en niet gebonden is (tenzij moreel...) door een of ander soort wederzijdse overeenkomst.

26 – Een der *twee testamenten* is in elk geval reeds nietig om een andere reden, nl. dat het niet in de gepaste vorm kan gemaakt zijn, nl. in een eigenhandig geschrift. Een der testatoren heeft normaal het testament geschreven en de ander heeft het medegetekend. De rechtspraak is nochtans formeel : ook het andere *testament* dat wel door de ondertekenaar is geschreven, is nietig als het gaat om een werkelijk gemeenschappelijk testament (Cass., 26 juli 1953, *T. not.*, 1953, 164; — Parijs, 27 januari 1911, *Rev. prat. not.*, 1911, 461). Dikwijls is dat het werk van twee echtgenoten waarbij de vrouw gewoon meetekent.

Het omgekeerde kan ook wel voorkomen, zoals in het vonnis van de rechtbank te Dinant, 21 oktober 1964 (*Jur. Liège*, 1964-65, 108). De handtekening van de man werd niet beschouwd als de uitdrukking van een maritale machtiging, maar, gezien de gebruikte termen, als een afzonderlijke beschikking over eigen goederen.

27 – Sanctie. — De *sanctie* van het wederkerig testament is de volstrekte nietigheid van het testament en van de daarin voorkomende beschikkingen, met name ook van de herroeping van vorige testamenten (Rb. Hoei, 23 februari 1966, *Jur. Liège*, 1965-66, 269; — Luik, 22 juni 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 434).

HOOFDSTUK VII

HERROEPING VAN TESTAMENTEN

28 – Herroeping van een vruchtgebruik. — A wordt aangesteld als algemene legataris onder last de naakte eigendom van een huis aan B uit te keren, het vruchtgebruik van dit laatste aan C voorbehouden zijnde. Nadien wordt deze laatste *vervallen* verklaard door de testator van zijn recht op vruchtgebruik. Aan wie komt deze herroeping ten goede? Aan de bijzondere legataris van de naakte eigendom, B, oordeelt het hof van beroep te Brussel. De herroeping van een bijzonder legaat komt immers ten goede aan hen die het moesten verschaffen; bovendien is de *naakte eigendom* niet een deel van het eigendomsrecht, maar wel het eigendom, recht zelf, tijdelijk bezwaard met een recht van de vruchtgebruiker (vgl. : art. 578 B.W.), zodat de naakte eigendom een virtuele roeping insluit tot het gehele eigendomsrecht, dat effectief wordt zodra het vruchtgebruik uitgedoofd wordt (Brussel, 26 juni 1968, *Pas.*, 1968, II, 275). Vanzelfsprekend is er steeds plaats voor interpretatie en het hof begaat de gewone overdrijving van de zelfzekere rechter, voor wie wat *klaar* is, niet moet geïnterpreteerd worden...

29 – Simultane testamenten. — Het uur van de redactie van een testament hoeft niet te worden vermeld. Twee testamenten van dezelfde datum (eenzelfde dag) waarbij niet kan worden uitgemaakt welk van beide het erest werd opgemaakt, moeten beide worden uitgevoerd, indien zij tenminste niet tegenstrijdig zijn en geen van beide een herroeping van het andere bevat (Brussel, 21 juni 1966, *Pas.*, 1967, II, 108). Een andere oplossing lijkt niet mogelijk. *In casu* ging het zelfs om een algemeen legaat samen met een legaat te algemenen titel van de helft. Ook hierin ligt geen tegenstrijdigheid : de algemene legataris blijft algemeen legataris maar zijn emolument wordt tot de helft herleid.

Eenzelfde uitspraak is te vinden in het arrest van hetzelfde hof (Brussel, 14 december 1964, *T. not.*, 1967, 44).

30 – Successieve testamenten. — In een reeks successieve testamenten worden de beschikkingen van vorige testamenten geacht behouden te zijn, tenzij de verandering in de intenties van de testator duidelijk uit de latere testamenten zou blijken en de loutere *omissio* van een vorig legaat volstaat niet om tot zijn herroeping te concluderen. Op grond van dit beginsel oordeelde de rechtbank te Dinant dat er geen herroeping was in het volgend geval : *a*) testamenten met bijzondere legaten en een algemeen legaat; *b*) nadien testamenten met dezelfde bijzondere legaten en aanduiding van twee nieuwe algemene legatarissen; *c*) tenslotte een testament met enkel de aanduiding van één der algemene legatarissen „à charge par elle de faire les dons que je lui ai dit de vive voix" (Rb. Dinant, 28 oktober 1965,

Jur. Liège, 1965-66, 82). Men had evenzeer beroep kunnen doen op de onbetwistbare stelregel *generalia non derogant specialibus*. Op de delicate kwestie van de mondelinge last wordt door de rechtbank niet ingegaan.

31 – STILZWIJGENDE HERROEPING. — Stilzwijgende herroeping van een testament is mogelijk bij contractuele erfstelling ofwel als gevolg van de vervreemding die in de erfstelling vervat is, ofwel doordat deze een beschikking bevat die onverzoenbaar is met de vorige legaten (vgl. : art. 1036 en 1038 B.W.). Dit werd nog bevestigd bij een arrest van het hof van beroep te Brussel van 24 maart 1965 (*Pas.*, 1966, II, 92).

32 – VERDWIJNING VAN DE OORZAAK. – VERGOEDEND LEGAAT. — Een legaat is gemaakt onder voorwaarde dat de legataris de testatrice zal verzorgd hebben tot aan haar dood. Nadien waarborgt deze laatste aan de legataris de betaling van precies een zelfde som als deze welke gelegateerd werden en wel ter vergoeding van dezelfde prestaties.

Anders dan de eerste rechter, oordeelde het hof van beroep (Brussel, 28 september 1966, *Pas.*, 1967, II, 134) dat de tweede akte geen dubbel gebruik maakte, met de eerste en dat derhalve het legaat ook nog moest uitbetaald worden. Het hof verklaart wel dat „suivant une doctrine généralement admise, la révocation tacite d'un legs peut... résulter de la circonstance que la libéralité est advenue sans cause par suite d'un événement postérieur au testament", en dat één der mogelijke toepassingen precies is de latere betaling van gepresteerde diensten die al het voorwerp uitmaakten van een *vergoedend legaat*, maar eist dan beslissende aanduidingen die op de ommekeer in de intenties van de testator wijzen. Na — m.i. eerder oppervlakkige — beschouwingen besluit het hof dat deze onterving niet zeker is en opteert in geval van twijfel voor het behoud van het testament. *Potius ut valeat*.

HOOFDSTUK VIII

SCHENKINGEN ONDER DE LEVENDEN (VORM)

33 – KOOP-SCHENKING : SCHENKING VAN HET GOED OF VAN DE PRIJS.— Om aan zijn onderhoudsplicht tegenover zijn kinderen te ontkomen maakt een persoon er een systeem van stelselmatig goederen aan te kopen op naam van zijn concubine, later zijn tweede vrouw, en van diens zoon. Heeft hij aldus die goederen geschonken of slechts de aankoopprijs ? Groot twistpunt in rechtspraak en rechtsleer. (Zie de uitvoerige behandeling in het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 628).

Het hof te Brussel kreeg deze zaak te behandelen die in eerste aanleg aanleiding had gegeven tot een moedig en vooruitstrevend vonnis van de rechtbank te Antwerpen (17 mei 1963, *R.W.*, 1962-63, 2109). Het hof

bevestigt (Brussel, 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 654) en in tegenstelling tot zijn vroegere rechtspraak besluit het eveneens tot de schenking van het goed. (Vgl. o.a. : Brussel, 4 januari 1961, *J.T.*, 1963, 135; *Rev. prat. not.*, 1961, 144; *Ann. not. enreg.*, 1961, 52).

Natuurlijk wordt als eerste vereiste gesteld de wil van de partijen het goed te schenken en niet de prijs. Om de complexe operatie juridisch tot een geldige schenking te maken, ook wat de vorm betreft, doet het hof beroep op de constructie gesuggereerd door Pirson (*R.C.J.B.*, 1960, 445-450). Bij de koopovereenkomst treedt de begiftigde op als naamlener voor de schenker die dan ook de penningen dient te verstrekken. Na de verkrijging van het goed rust op de naamgever een verplichting het goed over te dragen aan de schenker. Deze ontslaat hem van deze verplichting tot afgeven. Deze kwijtschelding is niet onderworpen aan de vormvereisten van artikel 931 B.W. De constructie kan enigszins gezocht lijken, zij leidt in elk geval tot billijke gevolgen en laat ondermeer toe misbruiken en ontduiking van de reserveregeling te ondervangen. Want voor de toepassing van deze laatste is het belang aanzienlijk : de fictieve massa, de aanrekening en de inkorting zijn gebaseerd op de waarde van de geschonken goederen bij het overlijden (art. 922 B.W.), zodat de veelal ontstane meerwaarde in aanmerking wordt genomen, i.p.v. het nominaal bedrag van een geldschenking te laten aanrekenen.

34 – SCHENKING MET LAST. — Op een schenking met last worden de bepalingen inzake wederkerige overeenkomsten toegepast, o.m. artikel 1184, § 2 B.W. (Luik, 12 maart 1965, *Rev. prat. not.*, 1966, 41; *J.T.*, 1965, 487).

Zo de begiftigde de bedongen last niet uitvoert kan de schenker ofwel de uitvoering van de last eisen, ofwel de ontbinding van de overeenkomst vragen.

De schenker moet evenwel de begiftigde in gebreke stellen zijn last uit te voeren. Zolang de ontbinding niet is uitgesproken, kan de begiftigde aan de ontbinding ontsnappen door spontaan de last uit te voeren. De rechter kan zelfs respijttermijnen toekennen.

35 – SCHENKING VAN EEN LIJFRENTE. — Het vestigen van een lijfrente om niet is een rechtstreekse schenking onderworpen aan de bij de wet voorgeschreven vormen voor de schenking (art. 1969 B.W.; — Cass., 14 mei 1959, *Rec. gén.*, 1963, 110, nr. 20587). En het is natuurlijk enkel wanneer de vestiging om niet gebeurt, dat deze vormvereisten dienen nageleefd (Brussel, 23 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 213; *Rev. prat. not.*, 1967, 15).

Het vestigen van een lijfrente t.v.v. een derde daarentegen is een onrechtstreekse schenking niet onderworpen aan deze vormvereisten (art. 1973 B.W.). Indien dit nochtans de voorwaarde of last vormt van een hoofdcontract, dat een gewone rechtstreekse schenking inhoudt, dan dient zowel de vestiging van de lijfrente als het hoofdconctract bij notariële

akte te geschieden (Cass., 5 februari 1965, *R.W.*, 1964-65, 1585; *Pas.*, 1969, I, 566; *Rec. gén.*, 1966, 461, nr. 20989).

36 – De nietigheid bij het overtreden van deze vormvereisten is absoluut. Zij kan niet worden bevestigd door een vrijwillige uitvoering door de schenker (art. 1339 B.W.; — Brussel, 23 oktober 1964, gecit.). Deze absolute nietigheid wordt echter relatief na de dood van de schenker. De erfgenamen kunnen deze nietige schenking — en dit geldt ook voor een schenking-verdeling — bevestigen door een vrijwillige uitvoering (art. 1340 B.W.).

De verjaringstermijn is tien jaar te rekenen vanaf de schenking (Brussel, 30 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 297; *Ann. not. enreg.*, 1968, 125). Deze mogelijkheid van bevestiging is uiteraard uitgesloten zo de schenker een rechtspersoon is (Brussel, 23 oktober 1964, gecit.).

37 – Vrijstelling van inbreng. – Vormvereisten. — Voor het hof van beroep te Brussel kwam, onder een origineel aspect, de veel betwiste vraag naar voor, hoe de vrijstelling van inbreng moet gebeuren (Brussel, 30 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1968, 125; *Pas.*, 1967, 297). Het hof bevestigt in zijn motivering de nu algemeen aanvaarde opvatting dat deze vrijstelling stilzwijgend kan gebeuren onder meer zo zulks blijkt uit de omstandigheden waarin de schenking gebeurde (zie o.m., voor deze periode : Brussel, 30 juni 1965, *T. not.*, 1967, 141; *Pas.*, 1966, II, 205).

Maar wat zo deze vrijstelling pas nadien gebeurde? *In casu* had een vader zijn zonen bij notariële akte een aantal onroerende goederen geschonken met uitdrukkelijke vrijstelling van inbreng *in natura*. Naderhand ontslaat hij hen van elke inbreng.

Het hof oordeelde dat, in geval de vrijstelling achteraf geschiedt, deze dient te gebeuren overeenkomstig de vormvereisten vooropgesteld door artikel 919, tweede lid B.W. (De Page, X, nr. 1226 en 1227 *bis*; R.P.D.B., Tw. *Successions*, nr. 1855).

38 – Een ander geval van stilzwijgende vrijstelling van inbreng werd door de rechtbank te Brussel (15 juni 1964, *Pas.*, 1965, III, 73) gevonden in de aanstelling van een erfgenaam tot algemeen legataris (zie : De Page, IX, nr. 1230).

39 – Handgift. — Een dochter ontvangt van haar ouders een som van 400.000 F. De som wordt haar overgemaakt door overschrijving van de bankrekening van de ouders op haar bankrekening.

Een oud man schrijft een som van 50.000 F over van zijn depositoboekje bij het Gemeentekrediet op het depositoboekje van de persoon bij wie hij inwoont.

In beide gevallen weigert het hof van beroep te Brussel hierin een geldige handgift te zien (Brussel, 30 juni 1965, *T. not.*, 1967, 147; *Pas.*,

1966, II, 205 ; — Brussel, 28 juni 1967, *J.T.*, 1968, 154). Het hof redeneert als volgt en haalt hierbij telkens woordelijk het arrest aan dat het op 12 december 1962 in Verenigde Kamers velde (*J.T.*, 1963, 320; *Rec., gen.*, 1964, 187, en besproken door Pirson : *Examen de jurisprudence* (1960-64), *Succession et libéralités*, *R.C.J.B.*, 1966, 175 en in het vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 626) : een deposito doet enkel een recht van schuldvordering ontstaan; de overschrijving van een rekening op een andere heeft enkel een verplaatsing van schuldvordering tot gevolg en niet een verplaatsing van speciën.

Het hof volhardt dus in zijn — strenge — vereiste van werkelijke materiële overdracht van speciën in een tijd waar overschrijvingen een der meest gebruikte vormen van overdracht van speciën is. Kan men in de complexe operatie van het dubbele geschrift, het ene tot debitering van de ordegever, met als onvermijdelijk gevolg een werkelijke afstand door de schenker, en het andere tot creditering van de begunstigde, niet een moderne versie van werkelijke *traditio* zien? (De franse rechtspraak en rechtsleer is in elk geval deze mening toegedaan: Rennes, 9 mei 1946, *S.*, 1947, II, 83 ; *D.*, 1947, 55, met noot A.C. ; — Cass. fr., 7 juli 1959, *Bull. civ.*, 1959, I, nr. 342, 285 ; — Cass. fr., 12 juli 1966, — *D.*, 1966, 614, met noot Jean Mazeaud; *Rev. Trim. dr. civ.*, 1969, met positieve noot Savatier.)

40 – VERMOMDE SCHENKING. — Het bewijs van het bestaan van een vermomde schenking mag geleverd worden met alle middelen. Dit geldt ook voor de erfgenamen van de schenker die als derden worden beschouwd, daar ze eigen rechten te vrijwaren hebben ten overstaan van de schenker, van de begunstigde en van de andere erfgenamen. Het hof van beroep te Brussel (5 januari 1965, *Pas.*, 1966, II, 5 en 29 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 654) bevestigt in feite de unanieme rechtspraak en rechtsleer (zie o.m. : Brussel, 7 december 1962, *J.T.*, 1963, 206; — Rb. Brussel, 22 maart 1962, *Rev. prat. not.*, 1962, 386; — Rb. Antwerpen, 17 mei 1963, *R.W.*, 1962-63, 2109).

41 – Hetzelfde hof oordeelde dat in het feit zelf van de té lage verkoopprijs, wanneer de ouders niet tot verkopen gedwongen worden door geldgebrek, het vermoeden kan worden geput dat de verkoper de verkrijger wilde begiftigen voor het verschil tussen de verkoopprijs en de werkelijke waarde (Brussel, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 516). Het hof steunde zich daarbij op de verhouding ouders-zoon, te meer daar de zoon landbouwer was zoals zij, die met hen samenwoonde, en bovendien de bedongen prijs zelf en de interesten nog onbetaald waren gebleven.

Ook het hof te Gent lijkt in dit verband een soepele houding aan te nemen.

42 – Een geldlening zonder intrest van een vrouw aan haar man met wie zij onder het stelsel van scheiding van goederen gehuwd is, voor een zeer lange duur (27 jaar) en bestemd tot de verbouwing van een eigen goed

van de man draagt *uiteraard* het kenmerk van een schenking, aldus het hof te Gent, in een arrest van 16 juli 1968 (*Pas.*, 1968, II, 281).

Uit de algemene verhouding tussen beide echtgenoten meende het hof bovendien het bestaan van de *animus donandi* te mogen afleiden (zie verder over het bewijs van de *animus donandi* : Brussel, 27 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 225; — Brussel, 30 juni 1965, *T. not.*, 1967, 141; *Pas.*, 1966, II, 205).

HOOFDSTUK IX

DE OUDERLIJKE VERDELING

43 – Begrip. — De nochtans voor familieschikkingen zo nuttige ouderlijke verdeling blijft nog steeds een gevreesde instelling omwille van de kwalificatiemoeilijkheden en de gevaren van herschatting bij het overlijden van de ouders.

De ouderlijke verdeling die bij schenking onder de levenden verwezenlijkt wordt is tezelfdertijd een schenking en een (anticipatieve) verdeling.

Een essentieel element van de ouderlijke verdeling is dan ook deze werkelijke verdeling van de goederen, waardoor de onverdeeldheid ophoudt te bestaan (Cass., 1 april 1864, *Pas.*, 1864, I, 373; — Luik, 10 juli 1928, *Jur. Liège*, 1928, 233; — Brussel, 11 juli 1945, *Ann. not. enreg.*, 1949, 104; — Cass., 21 november 1946, *Pas.*, 1946, I, 432; — Brussel, 30 juni 1949, *J.T.*, 1950, 22; — voor een brede interpretatie en definitie, zie : Brussel, 27 juni 1955, *Pas.*, 1957, II, 26).

In geval van de verdeling-schenking impliceert zulks dat elk van de kinderen onmiddellijk een deel van de goederen of tenminste een opleg of vervangende som wordt toegekend. Dit juiste beginsel liet het hof van cassatie toe niet als ouderlijke verdeling te beschouwen, de schenking onder last een *inbreng* te doen van een geldsom in de nalatenschap(pen) van de schenker(s) en zulks na het overlijden (van de langstlevende onder hen) (Cass., 22 maart 1968, *R.W.*, 1967-68, 1917, met overeenstemmende conclusie van adv.-gen. F. Dumon; *T. not.*, 1968, 137; *Rev. prat. not.*, 1968, 184). De daarbij gebruikte benamingen, zelfs die van ascendentenverdeling, kunnen daaraan niets wijzigen. Dat is ongetwijfeld de juiste beslissing. Het moet gaan om een verdeling onder de kinderen, rechtstreeks.

De notie *inbreng* is trouwens vreemd aan de ouderlijke verdeling. De goederen, voorwerp van de ouderlijke verdeling, moeten niet worden ingebracht (Brussel, 30 juni 1949, *J.T.*, 1950, 22; *Rev. prat. not.*, 1950, 13) en worden anderzijds toch ook weer niet aangerekend op het beschikbaar deel, en zijn dus ook niet inkortbaar. De begiftigden worden geacht de goederen — verdeeld — als deelhebbers te ontvangen. De inbreng is een incident van de verdeling, dient tot herstel van de gelijkheid onder de erfgenamen, door gelijkmaking van hun aanspraken zodat een verdeling met gelijke delen mogelijk wordt. Toepassing van de inbreng zou tot een

nieuwe verdeling leiden en *per se* de gevolgen van de eerste ongedaan maken. Inbreng en ouderlijke verdeling zijn dus tegenstrijdige operaties.

Zou men uit dit arrest *a contrario* kunnen afleiden dat de toekenning van een goed aan één kind onder last een geldsom — niet een eigenlijke *opleg* dus, maar een vervangende vergoeding — aan de andere kinderen uit te betalen, wél een ascendentenverdeling uitmaakt? Uit de motivering van het hof lijkt het niet mogelijk zulks af te leiden. Daarover leest men weinig in de rechtsleer; het advies van advocaat-generaal Dumon lijkt dit punt niet uit te maken. Het Franse cassatiehof blijkt positief te antwoorden (Cass. fr., 8 december 1948, *D.P.*, 1949, 145; — Cass. fr., 18 december 1950, *J.C.P.*, 1951, nr. 6056, gecit. door adv.-gen. Dumon). De Nederlandse Hoge Raad eveneens (zie het artikel van J. Rombach, *W.P.N.R.*, 1970, 173 en 181). Mijn inziens is het geen ouderlijke *verdeling*. Onze begrippen schieten hier te kort (vgl.: H. Du Faux, *T. not.*, 1969, 129).

44 – De „dubbele akte". — Het bekende gevaar van de herschatting van de waarde van de verdeelde goederen bij het overlijden wordt geconcretiseerd in twee vorderingen : deze tot vernietiging van de verdeling wegens benadeling voor meer dan één vierde en de nog steeds mysterieuze *speciale vordering tot inkorting*, beide voorzien bij artikel 1079 B.W.

Maar de fantasievolle notariële praktijk heeft er wel een reeks remedies op gevonden. De eerste is die van de *dubbele akte*. In een eerste akte schenkt de ouder of schenken de ouders (conjunctieve verdeling) de te verdelen goederen globaal aan de groep van de kinderen, waarna de kinderen overgaan tot onderlinge verdeling van de onverdeeldheid die tussen hen is ontstaan. Dat is dan geen ouderlijke verdeling. Af en toe verneemt men nog wel enige scrupules nopens het procédé bij sommige auteurs, maar de praktijk schijnt niet te aarzelen en de rechtspraak volgt (Cass., 1 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 373; — Gent, 9 december 1929, *Pas.*, 1930, II, 42; — Brussel, 11 juli 1945, *Ann. not. enreg.*, 1949, 104; — Brussel, 30 juni 1949, *J.T.*, 1950, 22).

Een belangrijk vonnis van de rechtbank te Brussel houdt het bij deze zienswijze, zelfs in het geval de twee overeenkomsten in eenzelfde akte zijn opgenomen en de ouders aanwezig waren bij het verlijden van de tweede akte (Rb. Brussel, 24 december 1964, *Rev. prat. not.*, 1965, 421; *Rec. gen.*, 1967, 277).

Dat zijn precies omstandigheden die weleens de rechter er zouden kunnen toe aanzetten in de onderlinge verdeling van de goederen de hand te zien van de ouders en dus tot de eigenlijke aanwezigheid van een ouderlijke verdeling te besluiten.

De enkele akte bespaart kosten en moeite.

De toelating aan de ouders om aanwezig te zijn bij de tweede akte werkt ook het bezwaar weg tegen het optreden van de ouder als vertegenwoordiger voor zijn minderjarige kinderen en zulks is heel belangrijk en nuttig (vgl. A. Raison, *Journ. not.* (Fr.), 1967, 929).

Nu men geen scrupules meer heeft over het procédé, en waarom zou men wel, geconfronteerd als de Belgische notaris is met de afwezigheid van elke deugdelijke formule om een blijvende familiebeschikking tot stand te brengen — het grijpen naar artikel 918 B.W. is zeker even betwistbaar! — welnu, dan heeft het geen zin zich streng te tonen in het juist observeren van de regelen inzake het precieze verloop van het scenario...

45 – De „schenking van de eventuele meerwaarde". — Dit andere probate middel werd in de besproken periode nogmaals goedgekeurd (Brussel, 5 oktober 1966, *T. not.*, 1968, 107; *Pas.*, 1967, II, 138). De ascendent schenkt de eventuele meerwaarde aan de deelhebbers in wier kavel deze meerwaarde bij het overlijden zou te vinden zijn. Het gaat vanzelfsprekend dan om een schenking *buiten erfdeel*, die op het beschikbaar gedeelte wordt aangerekend. Door de preciputaire schenking van de eventuele overbedeling wordt elke bevoordeling of in elk geval de bevoordeling die de benadeling voor meer dan één vierde tot gevolg heeft uitgesloten. Ook de speciale vordering tot inkorting wordt uitgesloten, indien men elke overbedeling uitsluit zodat alle kavels gelijk worden. (Vgl. : Cass., 18 april 1901, *Pas.*, 1901, I, 194; *B.J.*, 1901, 931; *P.P.*, 1901, 1013; *Rec. gén.*, 1901, 364; *Rev. prat. not.*, 1901, 453, na Gent, 18 juli 1900, *Pas.*, 1901, II, 5; — Rb. Kortrijk, 3 december 1953, *T. not.*, 1954, 140; — Gent, 31 mei 1954, *T. not.*, 1954, 167; — Cass. fr., 13 juni 1966, *Rev. prat. not.*, 1968, 221).

Daar waar het vorig *middel* alleen bij *schenking-verdeling* aanwendbaar is, kan men het middel van de preciputaire gift ook bij testamentaire verdeling toepassen.

46 – Vrije samenstelling van de kavels. — De oude betwisting betreffende de vrijheid van de testator om de verdeling van de goederen naar believen in te richten en de toepassing van het streng artikel 832 B.W. lijkt mij nu beëindigd. De Franse rechtspraak had zich lange tijd aan de regel van de gelijkberechtiging *in natura* van de artikelen 826 en 832 B.W. gehouden (zie verwijzingen bij L. Barette, *Les partages d'ascendants*, *Rec. gén.*, 1961, 67).

Later werd deze houding wel versoepeld, tot de nieuwe wetgeving van 1938 de vrijheid van de testator verzekerde : wetten van 7 februari 1938 (niet toepasselijkheid van art. 826 en 832 op de ouderlijke verdeling) en 17 juni 1938 (wijziging zelf aan art. 832). In België is de rechtsleer unaniem en beslist gekant tegen de toepassing van artikel 832 B.W. (Arntz, II, nr. 2255; — De Page, VIII, nr. 1696; — Kluyskens, III, nr. 307; — Galopin, nr. 376; — Laurent, XV, nr. 60; — Thiry, II, nr. 507; — Barette, *art. cit.*, *l.c.*).

De niet zo talrijke vonnissen en arresten gaan eveneens in die richting (reeds : Gent, 22 mei 1834, *Pas.*, 1834, II, 120; — Rb. Nijvel, 28 januari 1953, *Rec. jur. T.A. Niv.*, 1955, 65, met noot Raucent; — vgl. : Rb. Kortrijk, 3 december 1953, *T. not.*, 1954, 140). Sommige meestal oudere uitspraken

blijven toch voorzichtig of minimalist. In elk geval wordt aangenomen dat, ingeval van moeilijk te verdelen onroerende goederen, artikel 832 niet toepasselijk is (Rb. Veurne, 28 januari 1943, *T. not.*, 1944, 76). Volgens een bepaalde mening valt artikel 832 B.W. weg ingeval van ouderlijke verdelingschenking, vermits dan de erfgenamen, door aanvaarding van de schenking, aan de vordering tot nietigheid op deze grond zouden verzaakt hebben (Brussel, 4 juli 1878, *Pas.*, 1878, II, 279).

Minstens wordt geaffirmeerd dat artikel 832 B.W. geen bepaling *van openbare orde* is wat dan zou betekenen dat men er *kan* van afwijken en daartoe een strafbeding inschakelen dat de kinderen, die de verdeling op dat punt aanvechten, met verlies van het beschikbaar deel bedreigt. Een arrest van het hof te Luik brengt het niet verder dan tot deze conclusie (Luik, 21 februari 1968, *Jur. Liège*, 1968-69, 57).