

BEDENKINGEN BIJ DE SCHENKINGEN

1. Nu in Nederland door de invoeringswet van 3 juni 1999 de fundamentele principes inzake het nieuwe erfrecht (Boek 4, nieuw Nederlands B.W.) zijn aangenomen, is de weg open voor de invoering van het nieuwe schenkingenrecht (Boek 7, titel 3). Het leek me een gepast moment voor enkele bedenkingen bij schenkingen naar Belgisch recht.

Bij ons geldt ter zake nog steeds de Code Napoléonregeling, alhoewel deze al even verouderd is als het erfrecht lange tijd was en ten dele nog steeds is. Plannen voor een globale hervorming van het schenkingenrecht heeft onze wetgever vooralsnog niet, al zijn we daar wel aan toe. Wel zijn rechtspraak en rechtsleer ter zake onmiskenbaar geëvolueerd en was er ook eerder onverwacht wetgevend optreden in andere domeinen van het recht, die niet altijd een even doordachte weerslag hadden op de algemene regels inzake schenkingen(1).

2. Op schenkingen zijn, zoals op andere giften (*libéralités*) bij ons een aantal strengere regels van toepassing dan t.a.v. handelingen om baat en meer bepaald inzake vormvereisten en algemene geldigheidsvereisten, ze komen opnieuw ter sprake in de nalatenschap van de schenker, er geldt een grotere bescherming t.a.v. schuldeisers, er heerst een bijzonder wantrouwen t.a.v. schenkingen tussen echtgenoten...

Het is dus van belang te weten wat onder een gift wordt verstaan. De wet biedt ter zake geen uitsluitel, zodat we aangewezen zijn op wat rechtspraak en rechtsleer daaromtrent zeggen. Merkwaardig daarbij is wel (of misschien toch niet, want omgekeerd is dat ook het geval) dat men in de rechtsliteratuur niet de minste aandacht heeft voor wat vandaag in andere disciplines onder „geven” verstaan wordt. Juridisch is van een gift sprake zo een vermogen zich verarmd heeft ten voordele van een ander vermogen dat zich verrijkt heeft en deze verschuiving uit vrijgevigheid gebeurde. Maar om van verarming te kunnen spreken wordt vereist dat een *vermogensbestanddeel* uit het

(1) Men denke recent nog aan de partiële wijzigingen aangebracht aan de artikelen 826 en 922 B.W. door de fiscale programmawet van 22 december 1998.

patrimonium van de schenker verdwenen is. Schenkingen worden trouwens door ons B.W. niet beschouwd als een bijzondere overeenkomst, maar als een wijze om eigendom te verkrijgen.

Daarom zijn de strengere regels inzake giften niet van toepassing op kosteloos presteren van diensten, alhoewel dit in andere disciplines (antropologie, filosofie, moraal, economie...) wel een belangrijke component van het hedendaagse geven vormt(2), men denke o.m. aan het vrijwilligerswerk.

Toch wordt vandaag presteren van diensten normalerwijze vergoed, zodat dit voor diegenen die er kosteloos van genieten een verrijking of minstens een besparing, inhoudt. Maar dienstengiften veroorzaken geen zakenrechtelijke verarming en werden precies daarom niet gevaarlijk geacht.

3. Deze benadering, die juristen die in de Code civiltraditie grootgebracht zijn, meestal klakkeloos aanvaardden, stamt(3) uit het Romeinse recht. Daar gold een streng verbod van schenkingen tussen echtgenoten, omdat het huwelijk een intieme persoonlijke aangelegenheid behoorde te zijn, wars van speculatie op economische voordelen. Maar alleen werkelijke verarmingen van het vermogen waren verboden. Men had er geen probleem mee dat echtgenoten voor mekaar kosteloos diensten presteerden of kosteloos goederen ter beschikking stelden.

Dit onderscheid paste later uitstekend in de reservebescherming van het Ancien Régime, die het behoud van de familiegoederen op het oog had, zodat alleen giften van die goederen aan controle toe waren. Het sloot al even goed aan bij de filosofie van de Code Napoléon, waar in navolging van de drastische revolutionaire wetgeving de opsplitsing van grote adellijke domeinen en dus van de macht van de adel beoogd werd door gedwongen gelijke verdeling van de familiegoederen, mede gewaarborgd door de gedwongen inbreng van voorafgaande schenkingen aan erfgerechtigden. Kosteloos presteren van diensten speelde in deze politieke strategie uiteraard geen enkele rol.

4. Maar is dit onderscheid tussen kapitaal- en dienstengiften nog verantwoord in een maatschappij waarin arbeid de voornaamste bron

(2) Zie bvb. J.T. GOUBOUT, *L'esprit du don*, Parijs, 1992, o.a. 38 en 105.

(3) J.P. DAWSON, die in 1978 uitgenodigd werd om aan de Yale Law school faculty de Storrs lectures te geven, wijdt er bijzonder interessante beschouwingen aan. Zie J.P. DAWSON, *Gifts and promises. Continental and American law compared*, Yale University Press, New Haven and London, 1980.

van rijkdom en vermogensvorming werd? Het leidt trouwens tot vrij arbitraire resultaten. Ik denk bvb. aan de grootmoeder die sommige kleinkinderen gedurende jaren opving, of de vader die zich afsloofde bij de (om)bouw van het huis van een kind. Dit bracht de nodige besparingen mee voor de kinderen die er van profiteerden maar dit voordeel moet later niet verrekend worden. Anders is het zo deze ouder uit zin voor gelijkheid t.a.v. andere kinderen kinderopvang of verbouwingen financiert, waardoor dan wel een som geld en dus een bestanddeel uit zijn vermogen verdwijnt. Dit zijn wel juridische schenkingen, later aan inbreng onderworpen. Hoe zit het dan met de gelijkheid tussen de kinderen, die precies door de inbreng verwezenlijkt moet worden?

5. Een vermogen verarmt zich alleen maar zo voor de vervreemding geen tegenprestatie geleverd werd. Als kosteloos presteren van diensten geen verarming te weeg brengt, kan presteren van diensten dan wel een volwaardige tegenprestatie vormen voor het verdwijnen van een vermogensbestanddeel?

Feit is dat in onze hedendaagse consumptiemaatschappij ook bij rechtshandelingen, die onmiskenbaar als handelingen om baat worden beschouwd, niet steeds een kapitaalsgoed in de plaats komt van een vervreemd vermogensbestanddeel, omdat gepresteerde diensten betaald worden (bvb. uurlonen, vrijetijdsbesteding). De rechtspraak aanvaardt dan ook meer en meer dat zo bvb. niet geremunereerde diensten (later) toch (redelijk) vergoed worden, dit gebeurt in uitvoering van een natuurlijke verbintenis en er dus van schenking geen sprake is.

De rechtspraak nam bvb. ook herhaald aan dat de integrale financiering door de man van de gezinswoning, die nochtans in onverdeeldheid door van goederen gescheiden echtgenoten werd aangekocht, geen schenking inhield voor zijn vrouw, maar alleen zijn bijdrage uitmaakte in de lasten van het huwelijk, omdat de vrouw daarin door haar prestaties in de huishouding en de opvoeding van de kinderen ook naar behoren had bijgedragen.

Men is zelfs van oordeel dat er evenwicht is in de prestaties van partijen, zo allen een gelijke kans hebben op winst en verlies en door een toevallig gebeuren bepaald wordt aan wie het bedongen voordeel zal toekomen. Dat is althans het argument dat met steeds meer succes ingeroepen wordt om het bezwarend karakter aan te tonen van bedingen van aanwas, tontine of van terugvallend vruchtgebruik. Op deze lang vergeten clausules wordt de laatste tijd vooral beroep

gedaan door ongehuwde samenwoners om te voorzien in de verzorging van de langstlevende onder hen, gezien zij zelfs bij geregistreerd partnership, nog steeds niet van elkaar erven.

Werkt men bij de beoordeling van enerzijds de verarming en anderzijds het aanwezig zijn van een tegenprestatie niet met twee maten en twee gewichten?

6. Om juridisch van een schenking te kunnen spreken moet de vermogensverschuiving bovendien uit vrijgevigheid, *animo donandi*, gebeurd zijn. Maar wat hiermee bedoeld wordt, is al evenmin duidelijk. Juristen hebben het soms in eerder lyrische bewoordingen over loutere edelmoedigheid, altruïsme, zelfopoffering... Maar het is dan op zijn minst eigenaardig dat rechtshandelingen, die door dergelijke nobele gevoelens geïnspireerd zijn, stukken gemakkelijker nietig kunnen verklaard worden dan handelingen die dat niet zijn.

Anderzijds gaat men er in sommige andere disciplines van uit dat een mens vooral uit eigen belang optreedt en „geven” hierop geen uitzondering maakt. „*There is no such thing as a free lunch*”(4). Vandaag wordt ook door juristen toegegeven dat bij de schenker dikwijls ook meer egoïstische motieven meespelen, als uitzijn op sociaal aanzien, op dankbaarheid, zich een goed geweten willen geven... Zo dergelijke gevoelens onverenigbaar zijn met de *animus donandi* zou men allicht nog zelden met schenkingen te maken hebben en zou dus het beschermingsstatuut dat er voor uitgewerkt werd nog zelden kunnen toegepast worden. Dit leidde tot een realistischer omschrijving. Iemand wordt geacht *animo donandi* te handelen, zo hij bewust de wil heeft de begunstigde te verrijken en daarom afzag van een (economisch) gelijkwaardig geachte tegenprestatie.

Ook hier is er weinig aanknopning met de betekenis die bvb. in de antropologie aan „geven” wordt toegemeten, waarbij dit geven een niet te miskennen rol vervult in de sociale relaties en fundamenteel — zij het op langere termijn — teruggeven impliceert. *Il y a trois moments dans le don: donner, recevoir, rendre*, zo heet het dan(5). Maar er wordt wel onderstreept dat bij schenkingen niet gestreefd wordt naar een economisch gelijkwaardige tegenprestatie, zij het dat die niet

(4) Zie hierover J.T. GODBOUT, *o.c.*, 248 e.v. en A. VANDEVELDE, „Towards a conceptual map of gift practices” in A. VANDEVELDE (ed.), *Gifts and interests*, Leuven, 2000, 3.

(5) Stelling van M. MAUSS in zijn intussen schoolmakende „*Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*”, *L'Année Sociologique* 1923-24, 30-186.

beperkt kan zijn tot loutere dankbaarheid omdat dit vernederend is voor de begiftigde(6) en dus de sociale relaties niet ten goede komt. Legt dit laatste althans uit waarom een juridische schenking moet aanvaard worden, d.w.z. dat men akkoord moet gaan de daaruit volgende positie van onderdanigheid te accepteren?

De discrepantie met andere disciplines is allicht te verklaren door de beperkte omschrijving van de juridische schenking, die bovendien veelal neerkomt (bvb. bij schenkingen door ouders aan kinderen in het kader van een successieplanning) op het doorgeven naar een volgende generatie. Het „rendre” voor de begunstigde ligt hier dan wellicht in het doorgeven op zijn beurt aan de volgende generatie.

Wel is het opmerkelijk dat gelegenheidsgeschenken die een belangrijke rol spelen in de sociale relaties en eigenlijk wel op wederkerigheid gebaseerd zijn, in de regel niet aan de afwijkende rechtsregels inzake schenkingen onderworpen zijn.

7. Bij het antwoord op de vraag of *animo donandi* opgetreden werd en dus van een schenking sprake is, speelt bovendien meer en meer mee of het belang dat men zodoende wil beschermen, vandaag nog beschermenswaard wordt geacht. In feite werd het dus een rechts-politieke aangelegenheid. Planiol en Ripert(7) merkten reeds op dat het begrip schenking soms ruim geïnterpreteerd wordt om rechtshandelingen die men gevaarlijk vindt, te bestrijden en eng om handelingen die men nuttig acht, onaanvechtbaar te maken.

Zo aanvaardt bvb. de rechtspraak zonder al te veel moeite dat er van geen schenking sprake is in het reeds geciteerde voorbeeld van exclusieve financiering van de gezinswoning door slechts één (van goederen gescheiden) echtgenoot zo de financierende echtgenoot zich daar bij echtelijke moeilijkheden op beroept om zijn beweerde schenking te kunnen herroepen. Anders is het nochtans zo in zo'n geval de kinderen (uit een vorig huwelijk) die kwalificatie inroepen om hun voorbehouden erfdeel veilig te stellen.

Nu huwelijksvoorwaarden door de echtgenoten tijdens het huwelijk kunnen gewijzigd worden heeft de regel dat schenkingen tussen echtgenoten herroepelijk zijn *ad nutum* (art. 1096 B.W.) nog weinig zin, aangezien hij alleen maar een bijkomende beveiliging was van de

(6) A. VANDEVELDE, *o.c.*, 19.

(7) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Dl. V, *Donations et Testaments*, (2^e uitg.) 1957, nr. 340.

onveranderlijkheid van de huwelijksvoorwaarden, maar die (bij vergetelheid?) in 1976 niet werd afgeschaft.

Het recht van de reservatairen op hun voorbehouden deel daarentegen, wordt door de rechtspraak wel nog beschermingswaard geacht. Of ook dit vandaag nog terecht is, is dan weer een andere vraag, maar daar heb ik het vroeger al over gehad(8).

8. De allicht minder traditioneel geschoolde Belgische wetgever had in elk geval minder eerbied voor de reserve, want de laatste jaren gebeurden de grootste inbreuken hierop door wetgevend optreden, zij het uitgerekend in andere domeinen dan het erfrecht. Zo werd bij de wijziging van het huwelijksvermogensrecht (1976) uitdrukkelijk gesteld dat huwelijksvoordelen, die nochtans een klassieke verarming (wellicht) uit vrijgevigheid t.v.v. de andere echtgenoot tot gevolg kunnen hebben, in de regel geen schenkingen zijn(9). Sinds de wet op de landverzekering (1992) moeten voordelen die voor derden (als bvb. de samenwonende vriend(in)) uit een levensverzekeringscontract voortvloeien, in de nalatenschap niet meer ter sprake komen zo de betaalde premies (die nochtans een vermogensrechtelijke verarming meebrachten) redelijk waren, rekening houdend met de levensstandaard van de verzekeringsnemer.

Is het rekening houdend met wat voorafgaat niet stilaan tijd zich te bezinnen over de vraag over wat precies onder een schenking dient verstaan te worden... of misschien eerder of de afwijkende regels daaromtrent nog verantwoord zijn. Andere rechtsstelsels delen niet altijd de afgwaan die ons B.W. tegenover giften koestert.

9. Ik wil deze tweede vraag minstens stellen t.a.v. van de strengere vormvereisten, precies omdat men in het nieuwe Nederlandse schenkingenrecht afgestapt is van het vereiste van notariële akte. Bij ons wordt dit nog altijd in art. 931 B.W. gevergd.

Wel is desondanks ook bij ons een werkelijke deformalisering van de schenking aan de gang, die zich duidelijk niet beperkt tot de afschaffing door de recente notariswet (1999) van de vereiste van aanwezigheid van twee getuigen. De nieuwe technieken die in de hedendaagse maatschappij gebruikelijk zijn bij overdracht van zelfs zeer belangrijke vermogensbestanddelen en bvb. de dematerialisering van effec-

(8) M. COENE, „Syntheserapport” in K.F.B.N. (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld*, Dl. 1, Rechtsvergelijking, 1997, (399), nrs. 35 e.v.

(9) Zie evenwel de uitzonderingen hierop in artikel 1458, 1464 en 1465 B.W.

ten nopen daar meer dan ooit toe. Een raadsheer van het Hof van cassatie(10) heeft zelfs beweerd dat bij ons de schenking bij authentieke akte in onbruik is geraakt. Dit is wellicht overdreven, maar toegegeven moet worden dat men sinds lang aanvaardt dat ook via handgift, vermomde en onrechtstreekse schenking geldig kan geschonken worden, al wordt dit door geen enkele wetsbepaling bevestigd. De rechtvaardiging is dat ook deze alternatieve schenkingswijzen waarborgen dat de schenker zich bewust is van de ernst van de daad die hij stelt en dat de begiftigde ook niet moet vrezen dat de schenker kan dreigen op zijn vrijgevigheid terug te komen, redenen precies waarom beroep op een notariële akte werd verplicht. Elke vormvereiste — heet het — is slechts een middel en wordt nutteloos zo de bedoeling, die er door nagestreefd wordt zonder haar kan bereikt worden. Een ietwat merkwaardige redenering nu als sanctie op niet naleving van artikel 931 B.W. absolute nietigheid is voorzien, maar een redenering die al even merkwaardig genoeg vandaag bij ons zelden in vraag gesteld wordt

10. De eerste uitzondering, de handgift, dateert al van vóór de Code Napoléon. Gezien haar fiscaal gunstregime wordt zij een steeds belangrijker instrument bij successieplanning, ook van grote vermogens. De tweede uitzondering, de vermomde schenking (blijkbaar alleen in Frankrijk en België erkend), wordt door buitenstaanders terecht als „bizarre” bestempeld. Hier wordt geveinsd dat partijen een overeenkomst om baat afsluiten, maar ze spreken in het geheim af dat de tegenprestatie niet moet geleverd worden. Het notariaat staat er gezien de veinzing om deontologische redenen weigerachtig tegenover, toch komen vermomde schenkingen in de praktijk nog geregeld voor.

Dat ze (althans civielrechtelijk) geldig beschouwd worden, zou historisch te verklaren zijn. Tijdens de Franse revolutie trachtten geëmigreerde Fransen via fictieve verkoopovereenkomsten te ontsnappen aan de confiscatie van hun achtergelaten goederen(11). Na de val van Napoléon, werd deze praktijk door de teruggekeerde emigranten, die hun plaats in de rechtbanken hadden heringenomen, goedgekeurd.

Vandaag wordt nochtans in steeds grotere mate via de *onrechtstreekse schenkingen* het formalisme van de schenkingen uitgehold. Een precieze definitie hiervan geven is vrijwel onmogelijk. In de wet vinden we er uiteraard geen, rechtspraak en rechtsleer zijn verdeeld. Vast

(10) I. VEROUGSTRAETE, „De rechter en de macht” in *Recht en macht*, Brussel, 1990, 187.

(11) Zie hierover J.P. DAWSON, *o.c.*, 75.

staat dat zodoende een schenking verwezenlijkt wordt via een andere (rechts)handeling, maar welke (rechts)handelingen hiervoor in aanmerking komen is minder duidelijk. Traditionele voorbeelden van onrechtstreekse schenkingen zijn het beding ten behoeve van derden (dus begunstiging via levensverzekering), kwijtschelding van schuld, betaling van andermans schuld en recentelijk ook de *animo donandi* overschrijving tussen (portefeuille) rekeningen. Het Franse Hof van cassatie was zelfs in 1994 van oordeel dat de onderhandse akte waarbij een dochter aan haar moeder een handelsfonds teruggaf, dat haar door haar moeder enkele jaren voordien geschonken was, een geldige onrechtstreekse schenking bevatte, nu het hier in feite ging om een „retrocessie”.

Waarom dan niet meteen artikel 931 B.W. zelf afschaffen?

11. Dat ons schenkingenrecht, ondanks de gesignaleerde evolutie aan hervorming toe is, is uit deze enkele vluchtige beschouwingen gebleken. We zijn daarbij duidelijk aan een systematische aanpak toe. Het Nederlandse voorbeeld kan hierbij wellicht een leidraad of tenminste een aansporing zijn!

M. PUELINCKX-COENE