OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

GIFTEN
(1985-1992)

door

M. PUELINCKX-COENE
Hoogleraar Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

INHOUD

INLEIDING (1)

Hoofdstuk I
ALGEMENE GELDIGHEIDSVOORWAARDEN

Afdeling 1
Toestemming

§ 1. Gezondheid van geest

1) Begripsomschrijving (2) — 2) Bewijs (3-5) — 3) Bewijsmiddelen — a. Algemeen (6) — b. Notariële verklaring (7-9) — c. Medisch attest (10-11) — d. Getuigenis (12-13) — e. Vermoedens (14-15) — f. Besluit (16)

§ 2. Captatie en suggestie

1) Begripsomschrijving (17-21) — 2) Bewijs (22-23) — 3) Vermoedens (24-27)

Afdeling 2
Bekwaamheid

§ 1. Bekwaamheid tot beschikken

1) De minderjarigen (28) — 2) De onbekwaamverklaarden) — a. De reeds onbekwaam verklaarden (29) — b. Periode vóór de onbekwaamverklaring (30-31) — 3) Verkwisters en zwakzinnigen (32) — 4) Personen aan wie een voorlopig bewindvoerder werd toegevoegd (33) — 5) Personen geplaatst in een instelling of voor verzorging in een gezin opgenomen (34) — 6) Handelsvennootschappen (35)

§ 2. Bekwaamheid tot ontvangen

1) De gewone onbekwamen — a. De minderjarigen (36) — b. De nog niet opgerichte rechtspersonen (37) — 2) De bijzondere onbekwamen tot ontvangen — a. Algemeen (38) — b. Bestuurders van bejaardentehuizen (39-43) — c. Wettige vertegenwoordigers (44-48) — d. Sanctie (49) — e. Natuurlijke kinderen (50) — 3) Het speciale geval van de rechtspersonen — a. Algemeen (51) — b. Bevoegde overheid (52) — c. Kwalificatie van dit overheidstoezicht — Algemeen (53) — Machtiging of goedkeuring (54) — Geen assimilatie met een opschortende voorwaarde (55-59) — d. Rechtspositie van de begunstigde rechtspersoon vóór het verlenen van de goedkeuring (60) — e. Kunnen na goedkeuring de aanspraken van de legataris nog betwist worden? (61)

Afdeling 3
Oorzaak

§ 1. Definitie (62-63)

§ 2. De ongeoorloofde oorzaak

1) Definitie (64) — 2) Giften aan een bijzit — a. Inleiding (65) — b. De traditionele principes terzake (66-71) — c. Het nieuwe standpunt van het hof van cassatie (72-75) — d. Bewijs (76-79) — e. Invloed van het E.V.R.M. (80-81) — f. Toepassingsveld (82)

§ 3. Verval van de oorzaak

1) Verval van de oorzaak bij legaten (83-85) — 2) Verval van de oorzaak bij schenkingen (86-93)

Afdeling 4
Voorwaarde

§ 1. De ongeoorloofde voorwaarde

1) Algemeen (94) — 2) De clausule van onvervreemdbaarheid — a. Enkele gevallen (95-100) — b. Onvervreemdbaarheid en onbeslagbaarheid (101-102) — c. De clausule van onvervreemdbaarheid ten laste van rechtspersonen (103-104) — d. Clausules van onvervreemdbaarheid ter garantie van opgelegde lasten (105) — 3) Ander voorbeeld van ongeoorloofde last (106)

§ 2. De potestatieve voorwaarde (107)

Hoofdstuk II
SCHENKINGEN

Afdeling 1
Definitie

§ 1. Componenten

1) Eenzijdige overeenkomst (108-109) — 2) Dadelijke verarming (110-111) — 3) Animus donandi — a. Algemeen (112-115) — b. Animus donandi en schikkingen tussen van goederen gescheiden echtgenoten (116-118) — 4) Onherroepelijkheid — a. Potestatieve voorwaarde (119-120) — b. Behoud van recht van beschikking over de geschonken zaak (121-122) — 5) Invloed van de kwalificatie gegeven door partijen (123-124)

§ 2. Enkele toepassingsgevallen

1) Algemeen (125-126) — 2) Beding van aanwas (127-131) — 3) Beding van terugvallende lijfrente (132-138) — 4) Levensverzekeringscontract (139-148) — 5) Betaling voor een ander (149-151) — 6) De natuurlijke verbintenis (152-154) — 7) Kosten van bruiloft (155) — 8) Gelegenheidsgeschenken (156) — 9) Vergeldende schenking (157) — 10) Schuldbekentenis (158) — 11) In pandgeving (159) — 12) Huwelijkse voordelen (160)

§ 3. Voorwerp van de schenking

1) Algemeen (161) — 2) Levensverzekering (162-164) — 3) Terugvallende lijfrente (165-168) — 4) Koop - schenking (169-173)

Afdeling 2
Vormvereisten

§ 1. Akte houdende schenking (174-176)

§ 2. Handgift

1) Geldigheidsvoorwaarden — a. Algemeen (177-178) — b. Traditio (179-187) — c. Animo donandi (188-189) — d. Aanvaarding (190) — e. Traditio en aanvaarding tijdens het leven van de schenker (191) — 2) Modaliteiten (192) — 3) Bewijs) — a. Algemeen (193) — b. Persoonlijke vordering tot teruggave van het goed gebaseerd op een overeenkomst (194-196) — c. Vordering tot teruggave van het goed gebaseerd op een misdrijf (197) — d. Zakelijke vordering tot revendicatie van het goed (198-210) — e. De begiftigde roept

als eiser in dat hem een handgift werd gedaan (211)

§ 3. Vermomde schenking

1) Geldigheidsvereisten (212-214) — 2) Bewijs (215)

§ 4. Onrechtstreekse schenking

1) Begripsomschrijving (216-217) — 2) Enkele voorbeelden — a. Overschrijving animo donandi (218-221) — b. Afstand van recht (222) — c. Betaling van andersmans schuld (223) — d. Beding ten behoeve van derde (224) — e. De terugvallende lijfrente (225) — f. Het endosseren van een cheque aan order (226)

§ 5. Sanctie bij niet naleven van de vormvereisten (227-228)

Afdeling 3
Herroeping

§ 1. Wetgevend ingrijpen

1) Afschaffing van art. 960 B.W. (229-230) — 2) Het nieuwe art. 334 ter B.W. (231)

§ 2. Gronden tot gerechtelijke herroeping

1) Niet vervullen van de voorwaarde — a. Algemeen (232-234) — b. Respijttermijnen (235) — c. Verplichting van kantmelding van de eis (236) — d. Enge interpretatie van de opgelegde last (237-238) — 2) Ondankbaarheid — a. Algemeen (239-241) — b. Schenkingen ten voordele van het huwelijk (242) — c. Termijn waarbinnen de vordering moet ingesteld worden (243) — d. Wie kan de vordering instellen (244)

§ 3. Schenkingen tussen echtgenoten

1) Algemeen (245-246) — 2) Wijze van herroepen (247) — 3) Herroeping ad nutum na aanvaarding van een begunstiging in een levensverzekeringscontract (248) — 4) Art. 1097 B.W. (249) — 5) Art. 299 B.W. (250-251) — 6) De begiftigde echtgenoot blijkt een overspelig kind te hebben (252)

Hoofdstuk III
TESTAMENTEN

Afdeling 1
Kenmerken van het testament

1) Een echte beschikking (253) — 2) Gebruikt document (254) — 3) Pas uitwerking na overlijden (255) — 4) Herroepelijke akte (256) — 5) Geen gemeenschappelijke beschikking (257-258) — 6) Een beschikking over goederen (259-261) — 7) Een vormelijke akte (262)

Afdeling 2
Interpretatie van testamenten

1) Algemene principes — a. Vereiste van duidelijkheid (263-265) — b. Bewijskracht van de akte (266-268) — 2) Art. 1156 B.W. (269) — 3) Art. 1157 B.W. (270-273)

Afdeling 3
Vorm van de testamenten

§ 1. Het openbaar testament

1) Algemeen (274-275) — 2) Dictee (276-278) — 3) Voorlezing van het testament (279) — 4) De getuigen) — a. Aanwezigheid van de getuigen (280-281) — b. Rol van de getuigen (282-283)

§ 2. Het eigenhandig testament

1) Algemeen (284) — 2) Eigenhandig geschrift — a. Fysieke bekwaamheid van de erflater (285) — b. Hulp of tussenkomst van een derde (286-287) — c. Gebruikt schrijfmiddel (288) — 3) Datum — a. Algemeen (289) — b. Onvolledige datum (290-294) — c.

Plaats van de dagtekening (295) — 4) Handtekening (296-302) — 5) Testament op verschillende bladen (303) — 6) Toevoegingen aangebracht door de erflater (304) — 7) Doorhalingen (305) — 8) Bewijskracht van het eigenhandig testament (306-310)

Afdeling 4
Legaten

§ 1. Kwalificatie van legaten

1) Criterium ter onderscheiding (311-317) — 2) Algemeen legaat — a. Definitie (318) — b. Verschillende algemene legatarissen (319) — 3) Legaat onder algemene titel ((320-322) — 4) Legaat van vruchtgebruik en van blote eigendom (323)

§ 2. Voorwerp van het legaat

1) Aanduiding van het voorwerp — a. Algemeen (324) — b. Enkele interpretatieproblemen (325-327) — 2) Toebehoren (328) — 3) Legaat van schuldenaar aan schuldeiser (329) — 4) Legatum debiti (330) — 5) Legaat van een schuldvordering (331) — 6) Fideïcommis de residuo (332)

§ 3. Aanduiding van de legataris

1) De legataris moet bestaan — a. Vereiste van bestaan t.a.v. verenigingen en instellingen (333-335) — b. Het bijzonder geval van de stichting (336) — 2) De legataris moet bepaald zijn — a. Algemeen (337-338) — b. Beschikkingen ter bevordering van een bepaald doel (339-343) — c. Legaat aan een groep van personen (344) — d. Legaat met keuzeverlening (345) — 3) Verdeling bij hoofde of bij staken (346-347)

Afdeling 5
Overgang van de testamentaire nalatenschap

1) Het verwerven van de eigendom (348-349) — 2) Bezitsrecht, inbezitstelling, afgifte — a. Legataris die ook reservatair is (350) — b. Inbezitstelling (351-353) — c. Afgifte (354) — 3) Vruchten (355-356) — 4) Schulden (357)

Afdeling 6
Nietigheid, herroeping en verval

§ 1. Herroeping door de erflater

1) Uitdrukkelijke herroeping bij testament (358-360) — 2) Impliciete herroeping — a. Door een later testament (361-362) — b. Vernietiging van het testament door de testator (363) — c. Zijn er nog andere vormen van stilzwijgende herroeping niet voorzien bij wet? (364-365)

§ 2. Gerechtelijke herroeping

1) Herroeping wegens niet vervulling van de lasten (366-369) — 2) Onwaardigheid — a. Algemeen (370) — b. Verjaringstermijn (371-374)

§ 3. Verval van legaten (375)

Afdeling 7
De testamentuitvoerder

1) Bevoegdheden (376-377) — 2) Afzetting van de testamentuitvoerder (378-379)

Hoofdstuk IV
HET VOORBEHOUDEN DEEL

INLEIDING (380)

Afdeling 1
Algemeen

§ 1. Wie zijn de reservataire erfgenamen (381)

§ 2. Samenstelling van de fictieve massa

1) Algemeen (382-384) — 2) Welke

schenkingen (385-390) — 3) Waardebepaling van de schenkingen (391-394)

§ 3. Aanrekening op het beschikbaar deel

1) Algemeen (395) — 2) Alleen giften met vrijstelling van inbreng (396-398) — 3) Art. 1464 B.W. (399)

§ 4. Inkorting

1) Wat wordt ingekort (400) — 2) Vermomde schenkingen (401) — 3) Volgorde waarin de inkorting plaats vindt (402) — 4) Bewijs van de datum van de schenking (403) — 5) Hoe gebeurt de inkorting (404) — 6) Gevolgen van de inkorting (405)

Afdeling 2
De reserve van de langstlevende echtgenoot

§ 1. De concrete reserve (406)

§ 2. Voorwaarden waarin onterving van de reserve mogelijk is

1) Algemeen (407) — 2) Art. 915 bis, 3 B.W. (408-410) — 3) Art. 1287 Ger. W. (411)

Afdeling 3
De reserve en enkele bijzondere beschikkingen

§ 1. Art. 917 B.W.

1) Art. 917 B.W. en giften aan andere personen dan de weduwe — a. De regel (412) — b. Termijn voor het uitoefenen van de optie (413) — c. Gevolgen van een late optie (414) — 2) Art. 917 B.W. en giften aan de weduwe (415)

§ 2. Art. 918 B.W.

1) De regel — a. Algemeen (416) — b. Het eerste vermoeden (417) — c. Het tweede vermoeden (418) — d. Betekenis van de instemming door de andere erfgenamen bij formele schenkingen (419-420) — 2) Het toepassingsgebied — a. Algemeen (421) — b. Wat de personen betreft (422) — c. Wat de opgelegde modaliteiten betreft — Last van lijfrente (423) — Voorbehoud van vruchtgebruik op slechts een deel van de goederen (424) — Moet de opsomming in art. 918 B.W. limitatief worden opgevat? (425-429) — d. Blijft artikel 918 B.W. van toepassing zo naast een aleatoire prestatie betaling van een som geld werd bedongen? (430-441) — e. Art. 918 B.W. en de ascendentenverdeling (442-444) — f. Is art. 918 B.W. van toepassing zo de som slechts na het overlijden moet betaald worden? (445-446) — g. Art. 918 B.W. en de aankoop op naam van de ouder voor het vruchtgebruik en op naam van de erfgerechtigde voor de blote eigendom (447-448)

Hoofdstuk V
BIJZONDERE SOORTEN GIFTEN

Afdeling 1
De contractuele erfstelling

1) Beschikkingsbevoegdheid van de erfsteller (449-450) — 2) Gevolgen van de contractuele erfstelling na echtscheiding en scheiding van tafel en bed (451-454) — 3) Gerechtelijke herroeping wegens ondankbaarheid (455) — 4) Overgangsrecht (456)

Afdeling 2
De erfstelling over de hand (457-460)

Afdeling 3
De ouderlijke boedelverdeling

1) Begripsomschrijving (461-463) — 2) Vormvereisten (464) — 3) Werking (465-467) — 4) Gevaren — a. Art. 1078 B.W. (468) — b. Art. 1079 B.W. (469-471) — 5) Alternatieve procédés — a. Art. 918 B.W. (472) — b. De dubbele akte (473)

Afdeling 4
De stichting (475-479)

INLEIDING

1. In de te bespreken periode was er heel wat te doen op het vlak van het schenkingen- en testamentenrecht, wat meteen de ongebruikelijke lengte van dit overzicht verklaart(1) .

Er werd om te beginnen een paar keer door de wetgever ingegrepen, wat in deze traditionele materie eerder zelden gebeurt. Vooral vermeldenswaard is de wet van 31 maart 1987 op de afstamming, die terdege het leerstuk van de herroeping van de schenkingen wijzigde (zie verder nrs. 229 e.v.) en ook rechtstreekse en onrechtstreekse gevolgen had op de reserveregeling (zie verder nrs. 379 en 407). Er was ook de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (*B.S.*, 20 augustus 1992, 18.283) die een paar — niet alle — betwistingen oploste met betrekking tot de vele familiaalvermogensrechtelijke problemen waartoe een levensverzekering aanleiding geeft (zie verder nrs. 140 e.v. en 163). Ook de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, beïnvloedde rechtsteeks en onrechtstreeks deze materie (zie verder nr. 28).

De stijging van het aantal juridische tijdschriften leidde tot een terdege stijging van de gepubliceerde rechtspraak. Opmerkelijk is hierbij dat verschillende uitspraken van de Vlaamse beroepshoven alleen in een Franse vertaling verschenen.

Ook de rechtsleer was bijzonder aktief. Kluwer startte met een artikelsgewijze commentaar onder de titel *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (verder geciteerd als *Comm. Erf.*). In de *Répertoire notarial* werd het trefwoord „Les testaments'' behandeld door Jacobs*(2) (1985) wat de vorm betreft; wat de inhoud betreft, verscheen een tweede herwerkte uitgave van de hand van J. Sace* (1990), terwijl J.F. Taymans en L. Dehouck* instonden voor tweetalige modellen met aantekeningen (1989). In die zelfde reeks verzorgde J. Sace ook het trefwoord „Partage d'ascendants'' (1991). Er waren de verslagboeken van de recyclages van de Nederlandstalige Regionale Commissie van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen: *De legatarissen en hun legaat* (1987) en *Vereffening en verdeling* (1992) en van haar juridische informatiedagen voor het notariaat: *Notariële actualiteit: juridische informatiedag voor het notariaat — Familierecht en familiaal vermogensrecht*, (1991, verder geciteerd als *Not. Actualiteit*). In 1990 werd het verslagboek gepubliceerd van de recyclage van de Conseil régional francophone over *Les arrangements de famille*. In 1991 verscheen *Notarieel familierecht* van H. Casman*, een volledig herwerkte tweede uitgave van Raucents

(1) Met dank aan de heer N. Geelhand en mevr. M. Meysmans, die de assistenten Familiaal vermogensrecht hielpen bij het verzamelen van de documentatie.

(2) De met * aangeduide werken worden in de rest van het overzicht alleen met de naam van de auteur geciteerd.

Les libéralités en van het trefwoord „Contractuele erfstelling'' in de reeks *A.P.R.* door M. Van Quickenborne* en *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions* van P. Delnoy*.

De reserveregeling kwam uitvoerig aan bod in mijn handboek over *Erfrecht** (1988).

Daarnaast waren er de ontelbare artikels in tijdschriften, in feestbundels en in verslagboeken van congressen en studiedagen.

HOOFDSTUK I

ALGEMENE GELDIGHEIDSVOORWAARDEN

AFDELING 1

TOESTEMMING

§ 1. Gezondheid van geest

1) Begripsomschrijving

2. Om een schenking onder de levenden te kunnen doen of een testament te kunnen maken moet men gezond zijn van geest (art. 901 B.W.). Deze problematiek die reeds uitgebreid aan bod kwam in vorige overzichten (zie dit tijdschrift 1965, 611; 1970, 297; 1985, 543) gaf ook nu aanleiding tot heel wat rechtspraak, die overigens overwegend de vroegere tendensen bevestigt. Zo wordt meer dan ooit in navolging van De Page (VIII, nr. 82) aangenomen dat de toestemmingsvereiste inzake giften strenger moet beoordeeld worden dan inzake handelingen ten bezwarende titel. Het is niet nodig dat aangetoond wordt dat elke vorm van toestemming ontbrak, voldoende is dat de toestemming verzwakt of verwrongen werd om de nietigheid van de gift tot gevolg te hebben. Men spreekt dan ook van een versterkte toestemming (Bergen, 12 maart 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 286; Bergen, 25 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 344, noot J.S.; Luik 18 november 1985, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 274; Brussel, 10 februari 1987, *J.T.*, 1987, 525; *Rev. Not. B.*, 1987, 493, noot R.D.V.; *T.B.B.R.*, 1988, 134; Rb. Luik, 5 december 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 506; Rb. Luik 19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620), of van een autonoom begrip (Sace, nr. 17). Dit betekent dat de rechter die terzake een zeer grote appreciatiebevoegdheid heeft, rekening moet houden met alle omstandigheden van aard de wil van de erflater aan te tasten: als passies, dwanggedachten, manieën, extravagante gedragingen, alcohol- of drugverbruik, zonder dat deze nochtans louter op zichzelf genomen tot ongeldigheid van de gift aanleiding geven (Bergen, 25 juni 1985, gecit.; Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.).

Deze ruime opvatting sluit goed aan bij het algemene wantrouwen dat de wetgever koestert tegenover giften (zie Puelinckx-Coene, M., „Vrijgevigheid een privilegie van gezonden van geest'', *R.W.*, 1979-80 (481-518), 485).

De schenker moet bij het doen van een gift zich *ten volle* realiseren wat hij doet!

In feite moet — zoals Luyten het uitdrukt (Klaassens — Eggens — Luyten, *Huwelijksgoederenrecht en erfrecht*, Dl. II, Erfrecht, Zwolle 1989, 68) — nagegaan worden of de geestelijke stoornis een redelijke waardering van de belangen verhindert die bij de uiterste wilsbeschikking betrokken waren.

Het is voldoende dat de beschikker gezond was van geest bij het doen van de gift en dus onbelangrijk of hij nadien niet meer over al zijn geestesvermogens beschikte.

2) Bewijs

3. De wetgever gaat uit van het vermoeden dat de rechtshandelingen oordeelkundig gebeuren. Wie dus beweert dat de beschikker ongezond was van geest moet dit ook bewijzen en wel op een preciese en onomstootbare wijze (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 41; Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.; Antwerpen, 13 september 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 271). De rechtspraak blijft hierbij zeer veeleisend. Het is niet voldoende zo maar te beweren en zelfs aan te tonen dat de beschikker oud, ziek, extravagant was of tekenen vertoonde van geesteszwakte. De werkelijke wilsvervorming op het ogenblik zelf van de rechtshandeling dient bewezen te worden (Bergen, 28 juni 1983, *Rev. Not. B.*, 1985, 286; Bergen, 18 maart 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 387, nr. 23649, *J.T.*, 1986, 456, *Rev. Not. B.*, 1986, 553; Rb. Antwerpen, 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 267, noot J. Blockx; Antwerpen, 21 april 1986, *Pas.*, 1986, II, 120; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 407, nr. 23656; Luik, 3 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 15; *R.C.J.B.*, 1991, 112, noot N. Geelhand; Rb. Dinant, 28 april 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 433; Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 491, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1984, 490; Bergen, 18 maart 1986, *J.T.*, 1988, 456; Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.; Rb. Brussel, 24 december 1987, gecit.; Rb. Brussel, 20 februari 1987, gecit.; Rb. Luik, 19 oktober 1987, *Pas.*, 1988, III, 7; *T.B.B.R.*, 1989, 90; zie reeds Cass., 15 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 713; Cass., 24 februari 1972, *Pas.*, 1972, I, 583).

4. Zo werd onvoldoende geacht dat de erflater leefde met een bepaalde politiek getinte dwangidee, maar voor de rest in staat bleek zijn zaken met grote zorgvuldigheid te behartigen (Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.). Ziekte en hoge ouderdom zijn op zichzelf al evenmin voldoende (Brussel, 13 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 217, noot J.S.; Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, gecit.; Antwerpen, 27 mei 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 559; vgl. Cass. Fr., 6 juni 1990, *Rép. Defrénois*, 1991, 112, noot X. Savatier) zelfs al werd de erflater gehospitaliseerd en werden hem geneesmiddelen voorgeschreven om hem te kalmeren en de doorvloeiing van de hersenen te bevorderen (Rb. Dinant, 28 april 1987, gecit.).

Maar men neemt wel aan dat ouderdom en ziekte de erflater gemakkelijker vatbaar maken voor beïnvloeding (zie verder nr. 18).

Het feit dat de erflater onmiddellijk na het schrijven van zijn testament zelfmoord pleegde, maakt dit testament niet ongeldig, zeker zo blijkt dat het gaat om een bewuste daad van iemand die niet verder wil blijven leven met de opgelopen handicap (Bergen, 28 juni 1983, *Rev. Not. B.*, 1985, 286).

Zo door dezelfde erflater twee (niet onverenigbare) testamenten werden opgesteld op verschillende tijdstippen moet voor elk testament afzonderlijk worden nagegaan en bewezen of de erflater op het ogenblik van de redactie gezond was van geest (Cass., 8 september 1989, *Pas.*, 1990, I, 20) zodat het antwoord niet noodzakelijkerwijze hetzelfde hoeft te zijn t.a.v. beide testamenten.

5. Deze strenge bewijsregeling betekent uiteraard een zeer efficiënte inperking van het toepassingsgebied van art. 901 B.W., zelfs in zijn meest ruime interpretatie.

Het bewijs moet geleverd worden aan de hand van preciese concrete feiten. De rechter mag nochtans het aanbod bewijs te leveren van bepaalde feiten afwijzen zo hij oordeelt dat deze terzake irrelevant zijn.

De rechter mag dit aanbod ook afwijzen zo blijkt dat de persoon die het bewijs wil leveren de geldigheid van het testament in een vroegere akte heeft erkend (Brussel, 23 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 5).

3) Bewijsmiddelen

a. Algemeen

6. Bevestigd wordt ook nu dat dit moeilijke bewijs wel met alle middelen van recht mag geleverd worden, getuigen en vermoedens inbegrepen (Rb. Brussel, 20 februari 1987 en 24 december 1987; Bergen, 28 juni 1983 en 18 maart 1986, allen reeds gecit.). Men moet zich dus niet beperken tot elementen die uit de akte zelf worden gehaald (Sace, nr. 20).

In de te bespreken periode wordt nochtans bij de beoordeling heel wat belang gehecht aan intrinsieke elementen en zowel aan de inhoudelijke als aan de formele aspecten van het testament.

Bij een eigenhandig testament vond men de regelmatigheid van het handschrift van belang, maar niet (en terecht!) de fouten in spelling en zinsconstructie (Rb. Brussel, 20 februari 1987, gecit.). Veel aandacht ging ook naar de logische opbouw en de preciese formuleringen van de beschikkingen en het feit of de beschikkingen strookten met verklaringen die vroeger door de erflater werden afgelegd (Antwerpen, 27 mei 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 559) of al dan niet plausibel overkwamen en dus al dan niet de indruk gaven dat de erflater wist wat hij deed (Gent, 8 april 1987, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 8 september 1989, *Pas.*, 1990, I, 20).

Fantastische en zelfs megalomane bepalingen (bv. over de manier waarop de

begrafenis diende georganiseerd te worden, Rb. Dinant, 28 april 1987, gecit.) of extravagante passages, geïnspireerd door een dwanggedachte die zich toespitste op een aangelegenheid totaal vreemd aan het testament (Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.) waren niet van aard een testament, dat voor de rest logisch en geordend was opgesteld, ongeldig te doen verklaren. Maar het feit dat totaal ongerijmde passages in het testament voorkwamen waaruit bleek dat bepaalde personen onterfd werden omwille van waangedachten, waren wel fataal voor de geldigheid (Antwerpen, 21 april 1986, gecit.).

b. Notariële verklaring

7. T.a.v. giften bij authentieke akte wordt ook nu bevestigd dat de verklaring van de notaris dat de schenker/testator gezond was van geest niet gedekt is door de authenticiteit van de akte (Bergen, 25 juni 1985, gecit.; zie ook de noot J. Sace, onder Cass. Fr., 25 mei 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 382; vgl. nochtans Brussel, 20 februari 1991, *Rev. Dr. Pén.*, 1991, 747). Dit geldt immers alleen voor vermeldingen die de notaris zelf heeft vastgesteld en tot de vaststelling waarvan hij bevoegd was (Nys, H., Commentaar bij art. 901 B.W., 10 in *Comm. Erf.*, en verwijzingen daar).

Wel gedekt door de authenticiteit is de bevestiging door de notaris dat de erflater het testament aan hem heeft gedicteerd en na de voorlezing ervan bevestigd heeft dat het wel degelijk zijn wilsbeschikkingen bevat. Alleen door middel van een inschrijving wegens valsheid in geschriften kan bewezen worden dat de erflater daar toen niet meer toe in staat was en dus van dictee en bevestiging geen sprake was (Rb. Luik, 19 oktober 1987, gecit.; Brussel, 23 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 5; Nys, *o.c.*, 11; *Rép. Not.*, Dl. XI, Boek VI/I „La force probante des actes notariés'', nr. 42 e.v.).

Eveneens gedekt door de authenticiteit is de vermelding dat de erflater verklaard heeft dat het testament wel degelijk zijn laatste wilsbeschikking bevatte en dat hij er in volhardde. Maar zodoende heeft de notaris alleen maar de verklaring weergegeven van de erflater en staat alleen op authentieke wijze vast dat de erflater deze verklaring aflegde. Er kan dus buiten en zonder enige inschrijving wegens valsheid in geschriften, aangetoond worden dat deze wilsbeschikkingen nochtans niet met het nodige oordeelsvermogen werden gedicteerd (Cass. Fr., 25 mei 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 381, noot J. Sace; *J.C.P.* (éd. N.), 1988, 3, noot J. Pillebout; *Rép. Defrénois*, 1988, art. 34.167, noot Breton; zie ook Savatier, X., noot onder Cass. Fr., 6 juni1990, *Rép. Defrénois*, 1991, 114, art. 34.951).

8. Het Hof van Beroep van Brussel (23 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 5) was nochtans van oordeel dat nu de notaris bereid gevonden werd deze verklaringen van de erflater op te nemen hij meteen, zij het impliciet en op een niet authentieke wijze, bevestigde dat de erflater gezond was van geest.

Aan deze impliciete of expliciete bevestiging door de notaris wordt in de te bespreken periode trouwens meer en meer belang gehecht (zie ook Bergen, 12 maart 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 286). Argument hierbij is de deonto-

logische verplichting van de notaris zijn ambt te weigeren zo hij vaststelt dat de erflater duidelijk niet in staat is een testament te maken (Nys, H., *o.c.*, 12; zie reeds Delva, W., „De verplichte ambtsuitoefening bij het opmaken van openbare testamenten en de notariële tucht'', *T. Not.*, 1961, 215).

Het hof van Luik (5 juni 1987, niet gepubliceerd, geciteerd door P. Delnoy in „Chronique de jurisprudence. Les libéralités (1981-87)'', *J.T.*, 1989, (297-306; 217-330; 341-353) 301 en in Chronique de droit à l'usage du notariat, Vol. XII, Univ. de Liège, 1990, 231) gaat zelfs zo ver te eisen dat een positieve verklaring van de notaris over de geestestoestand van de erflater alleen kan weerlegd worden door aan te tonen dat de notaris er belang bij had dat de legatarissen begunstigd werden.

9. Heel wat waarde wordt, om dezelfde deontologische redenen, zelfs gehecht aan het loutere feit dat de notaris bereid gevonden werd het testament te verlijden (Brussel, 23 oktober 1987, gecit.). Het hof van Brussel (13 mei 1988, *Pas.*, 1988, II, 217, met goedkeurende noot J.S.) preciseert dat uit de omstandigheid dat de notaris bereid gevonden werd het testament te verlijden, zonder dat hem voorafgaandelijk een getuigschrift van gezondheid van geest was bezorgd, een aanwijzing moet gevonden worden dat de erflater over al zijn geestesvermogens beschikte. De notaris heeft immers de deontologische verplichting na te gaan of de erflater in staat is bewust zijn wil te uiten.

Betekent dit dat het hof (impliciet) van oordeel is dat in geval van twijfel over de gezondheidstoestand van de erflater, de notaris verplicht medisch advies terzake moet inwinnen vooraleer het testament te mogen verlijden? Het hof van Gent (1 april 1960, *T. Not.*, 1961, 213, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 27 juni 1961, *T. Not.*, 1961, 223) was in elk geval die mening toegedaan, zodanig dat de notaris die zich niet liet voorlichten een tuchtstraf opliep.

De rechtsleer is nochtans niet zo gelukkig met deze vereiste van verplicht medisch advies, en wel om verschillende redenen.

Hierdoor wordt een bijkomende vereiste gesteld t.a.v. openbare testamenten, die niet voorzien is in de wet. De notaris schendt door consultatie van een arts, zijn beroepsgeheim (over de draagwijdte van het beroepsgeheim van de notaris, zie: Antwerpen, 17 mei 1991, *R.W.*, 1991-1992, 470). Tenslotte behoort het niet tot de taak van de notaris de gezondheid van de erflater te attesteren (zie hierover uitgebreid Delva, *o.c.*, en Nys, *o.c.*, 10 e.v.), hij is daar trouwens niet toe in staat (De Valkeneer, R., *Précis du notariat*, Brussel, 1988, 172).

c. Medisch attest

10. Ook in hoofde van de arts, die om advies of om een attest gevraagd wordt, kunnen problemen rijzen i.v.m. het beroepsgeheim (zie hierover uitgebreid Meert-Van de Put, R., „Het medisch getuigschrift van geestes-

bekwaamheid'' in *Vl. T. Gez.*, 1983-84, 241 en in *Voor de meerderjarige handelingsonbekwame ... een juridisch vacuum?*, Notariële Dagen Charleroi, 1983, 5-17 en Nys, H., *o.c.*, 11 e.v.). Artsen zijn immers, zoals notarissen, personen die uit hoofde van hun staat of beroep, kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd.

Aanvaard wordt dat de arts aan de erflater zelf een medisch getuigschrift (van gezondheid van geest) kan overhandigen, die het dan eventueel op zijn beurt kan overmaken aan de notaris (Luik, 3 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 15; *R.C.J.B.*, 1991, 112, noot N. Geelhand; Rb. Luik, 19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620; Raucent L. en Staquet I., „Examen de jurisprudence (1980-87). Les libéralités et les successions'',*R.C.J.B.*, 1989 (665-733) 667, nr. 12). Zeker zo dit getuigschrift er zich toe beperkt te bevestigen dat de patiënt over voldoende geestesvermogens beschikt om noodzakelijke beslissingen te treffen inzake het beheer van zijn vermogen en het geen beschrijving inhoudt van de ziekte waaraan de patiënt lijdt wordt geen inbreuk gepleegd op het beroepsgeheim (Rb. Brussel, 14 mei 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 436).

Alleen de patiënt zelf (Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, gecit.; zie nochtans Rb. Luik, 19 oktober 1987, *Pas.*, 1988, III, 7; *T.B.B.R.*, 1989, 80) en de wet (Bergen, 18 maart 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 389, nr. 23649, *J.T.*, 1986, 456) kunnen de geneesheer van zijn beroepsgeheim ontslaan, niet de erfgenamen (Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, gecit.; Rb. Antwerpen, 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 267; Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.; Rb. Brussel, 14 mei 1991, gecit.; vgl. Antwerpen, 17 mei 1991, gecit.; zie art. 65 van de Code van de geneeskundige plichtenleer; zie ook Nys, H., „Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg. Overzicht van rechtspraak, 1970-1984'', *R.W.*, 1985-86, 1274).

11. Ook in deze periode worden daarom, naar traditionele Belgische opvatting (contra: Cass. Fr., 26 mei 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13751; *D.* 1965, 109; Cass. Fr., 11 juni 1980, *D.S.*, 1981, I.R., 91), medische attesten (van geestesgestoordheid) die voor of na de dood van de patiënt aan de (toekomstige) erfgenamen afgeleverd zijn uit de debatten geweerd (Bergen, 18 maart 1986, gecit.; Rb. Luik, 19 oktober 1987, *Pas.*, 1988, III, 7; *T.B.B.R.*, 1989, 80; Rb. Brussel, 14 mei 1991, gecit.) en wordt er geweigerd inzage te geven van het medisch dossier (Rb. Luik, 5 december 1988, gecit.; Brussel, 13 mei 1988, gecit; zie ook Lambert, P., *Le secret professionel*, 1985, 65). De rechtbank van Luik (19 oktober 1987, gecit.) was zelfs van oordeel dat ook geen psychiatrische expertise door de legataris kon worden aangevraagd omdat dit een onrechtstreekse manier is om een medisch attest te bekomen van de geneesheer die de erflaatster verzorgd heeft. Niet alleen attesten die vertrouwelijke medische gegevens bevatten moeten uit de debatten worden geweerd, maar ook diegene die toestanden beschrijven die de arts alleen heeft kunnen constateren ter gelegenheid van de uitoefening van zijn beroep (Rb. Antwerpen, 30 juni 1988, *T. Not.*, 1988, 262, noot

H. Du Faux; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 263, nr. 23865; *Rev. Not. B.*, 1990, 88).

Wel wordt aanvaard dat rekening mag gehouden worden met medische getuigschriften die werden afgeleverd in het kader van een procedure tot onbekwaamverklaring evenals met het rapport van de expert ter dier gelegenheid opgemaakt (Rb. Brussel, 20 februari 1987, gecit.). Maar deze hebben weinig of geen bewijswaarde zo deze procedure slechts maanden na de redactie van het testament werd ingespannen en in deze documenten niet vermeld wordt wanneer de ernstige geestesstoornissen een aanvang hebben genomen.

d. Getuigen

12. De ongezondheid van geest kan bewezen worden door getuigenissen of door attesten van personen die niet door het beroepsgeheim gebonden zijn. Maar zij hebben geen bewijswaarde zo zij te vaag en te algemeen zijn of betrekking hebben op feiten die zich situeren in een periode die — zij het slechts enkele dagen — verwijderd is van het opstellen van het testament. Er moet immers bewezen worden dat de erflater niet gezond was van geest op het moment zelf van de redactie (Bergen, 8 juni 1983; Rb. Antwerpen, 8 maart 1984; Bergen, 18 maart 1986; Antwerpen, 27 mei 1986, allen gecit.).

13. Wordt een geneesheer (of notaris) als getuige opgeroepen dan mag hij zich achter zijn zwijgplicht verschuilen t.a.v. die gegevens waarvan hij oordeelt dat ze door het beroepsgeheim gedekt zijn (Cass., 30 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 248; Rb. Luik, 19 oktober 1987, gecit.) op voorwaarde dat hij door zijn stilzwijgen het beroepsgeheim niet afwendt van zijn doelstelling (Cass., 23 september 1986, *Rev. Dr. Pén.*, 1987, 77, noot J. Sace; Rb. Dinant, 11 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1988, 291; vgl. Cass., 13 mei 1987, *Pas.*, 1987, I, 1061; *J. L.M.B.*, 1987, 1165, noot Y. Hannequart; *R. C. J. B.*, 1989, 588, noot A. De Nauw).

e. Vermoedens

14. De zware bewijslast werd door de rechtspraak enigszins verlicht. Ook in deze periode werd het principe herhaald dat het bewijs van de ongezondheid van geest op het ogenblik zelf van de beschikking kan geleverd worden door een vermoeden dat steunt hetzij op een voortdurende staat van krankzinnigheid, hetzij op een gewoonlijke staat van krankzinnigheid, die bestond op een tijdstip vóór en na de dag waarop de gift gebeurde (Antwerpen, 21 april 1986, gecit.; Luik, 3 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 15; Rb. Brussel, 20 februari 1987, gecit.; Luik, 3 mei 1988, gecit.; Rb. Nijvel, 15 mei 1990, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 159; zie Cass., 15 februari 1957 en 24 februari 1972, gecit.). De begunstigde zal dan moeten bewijzen dat de gift gebeurde in een uitzonderlijk heldere tussenpoos, wat vrij algemeen als een quasi onmogelijke opdracht wordt beschouwd (zie de preciseringen bij Nys, *o.c.*, 7).

De bewijslast wordt nochtans niet omgekeerd zo slechts aangetoond wordt

dat de testator in een verwijderde periode aan zinsverbijstering leed (Antwerpen, 21 april 1986, gecit.).

15. Deze versoepeling van de bewijslast werd in deze periode omzeggens nooit toepasselijk geacht. Alleen door het hof van Antwerpen (21 april 1986, gecit.) gebeurde dit, nadat gebleken was dat de erflaatster sinds een ongeval, waarbij ze een hersenletsel opgelopen had, leed aan gewoonlijke paranoïde begoochelingen (vgl. Luik, 18 november 1985, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 273; zie verder nr. 19).

Men blijft dus eisen dat moet aangetoond worden dat de erflater leed aan een ernstige aandoening om zonder meer het feitelijk vermoeden te doen ontstaan dat de gift zonder het nodige oordeelsvermogen gebeurde.

De rechtbank van Antwerpen stelde herhaaldelijk dat het moet gaan om een pathologische aandoening die elke heldere tussenperiode uitsluit (8 maart 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 491 en 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 267). Het hof van Luik (3 mei 1988, gecit.) omschrijft de gewoonlijke staat van ongezondheid van geest als een toestand waar heldere tussenpozen onwaarschijnlijk zijn (zie ook de nuanceringen bij Puelinckx-Coene, *o.c.*, nrs. 12 e.v. en Nys, H., *o.c.*, 7 e.v.). Het hof van Antwerpen was in dezelfde lijn van oordeel dat uit het feit dat de erflater onder gerechtelijk raadsman gesteld was en het psychiatrisch onderzoek ter dier gelegenheid besloot tot minieme verstandelijke begaafdheid van de erflater en bovendien tot diens onbekwaamheid om eventuele zeer zware beslissingen over zijn goederen alleen te nemen, geen enkel middel van nietigheid van het testament kan worden afgeleid (8 mei 1984, *T. Not.*, 1985, 74; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 125, nr. 23307).

f. Besluit

16. Uit de gepubliceerde rechtspraak bleek dat ook in deze periode zeer weinig giften nietig werden verklaard op grond van art. 901 B.W. (zie Gent, 1 april 1987, gecit.; Antwerpen, 21 april 1986, gecit. en Luik, 18 november 1985, gecit.; Rb. Luik, 19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620: in dit laatste geval betrof het schenkingen aan een barmeid, die nietig werden verklaard op grond van ongezondheid van geest en van captatie en bovendien ook als een pretium stupri werden beschouwd; zie ook verder nrs. 23 en 69 e.v.).

§ 2. Captatie en suggestie

1) Begripsomschrijving

17. De toestemming waarmee iemand een rechtshandeling stelt mag al evenmin aangetast zijn door dwaling, bedrog en geweld, want ook dan is de rechtshandeling nietig. Dit geldt eveneens inzake giften. Bedrog is er een veel voorkomende grond van aanvechting, vooral bij testamenten. Hier gaat het nochtans niet om het klassieke bedrogsbegrip van het contractenrecht (zie ook vorig overzicht dit tijdschrift, 1985, 546). Zo dient het bedrog hier niet

noodzakelijk uit te gaan van de andere contractspartij of van de legataris (Bergen, 25 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 344) om de nietigheid van de gift tot gevolg te hebben.

Daarnaast worden, bij gebreke aan uitdrukkelijke wetsbepaling, de oude begrippen van captatie en suggestie d.w.z. erfenisbejaging onder dit wilsgebrek ondergebracht. Met erfenisbejaging bedoelt men het ganse kunstmatige klimaat dat door derden rond de erflater geschapen wordt om hem in hun voordeel te doen beschikken. Traditioneel hoort daarbij het zwartmaken van de erfgenamen met wie elk kontakt onmogelijk gemaakt wordt, onderscheppen van correspondentie, inmenging in het beheer van de goederen en dies meer.

Het feit dat iemand daadwerkelijk de wil van de erflater beïnvloed heeft door zijn toegewijde zorgen, zelfs al werden die met het oog op een latere beloning betoond, en zelfs al was de toewijding geveinsd, kan niet als captatie weerhouden worden (Rb. Antwerpen, 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 266; zie hierover o.a. Maury, J., „Gratitude et captation — A propos de l'affaire Ravel'', *Gaz. Pal.*, 1968, II, doctr. 177). De grens tussen wat maatschappelijk gezien nog behoorlijk voorkomt (dolus bonus) — en dus niet dient gesanktioneerd te worden — valt nochtans moeilijk te trekken (zie hierover o.a. Van den Berghe, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, 198; Guyenot, J., „La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports avec la notion de dol'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1964, 199 e.v.).

18. Traditioneel (Kluyskens, III, nr. 33; Planiol-Ripert, V, nr. 187 e.v.; Huc, VI, nr. 74; zie vooral ook Gent, 15 maart 1962, *T. Not.*, 1963, 181) wordt aangenomen — en dat wordt ook in deze periode herhaald gesteld — dat van captatie en suggestie (als vorm van bedrog) alleen kan gesproken worden zo de toestemming van de erflater werd bewerkstelligd of beïnvloed door listen, leugens of frauduleuze middelen, zodanig dat de erflater niet meer vrij was te testeren (Antwerpen, 8 mei 1984, *T. Not.*, 1985, 74, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 125, nr. 23307; Antwerpen, 3 oktober 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 155; Rb. Antwerpen, 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 267; Rb. Luik, 5 december 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 506; Antwerpen, 13 september 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 271; Rb. Luik, 19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620; Sace, 86). Wel geeft rechtspraak en rechtsleer de indruk de grens van het onbehoorlijke verder te leggen zo de erflater niet meer over zijn volle fysieke of psychische krachten beschikte, omdat hij dan ook veel gemakkelijker voor beïnvloeding vatbaar is (zie *bv.* Rb. Dendermonde, 19 september 1963, *R.W.*, 1963-64, 1717; vgl. Rb. Luik, 3 juni 1983, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 273 en Rb. Luik, 19 februari 1991, gecit.). Trouwens ook de wetgever heeft dit verband tussen mogelijke beïnvloeding en verzwakte vermogens gesanktioneerd (zie verder nrs. 38 e.v.).

19. Een andere strekking, vooral ook weer door De Page verdedigd (VIII,

nr. 82, B 3e en 97 met verwijzingen daar), gaat verder en breidt de vereiste van de versterkte toestemming, die algemeen aanvaard wordt bij toepassing van art. 901 B.W. (zie hoger nr. 2), uit tot de toestemmingsgebreken. Ook deze zouden met een veel grotere strengheid beoordeeld moeten worden dan bij handelingen ten bezwarende titel.

In deze opvatting worden alle manipulaties veroordeeld die van aard waren op directe of indirecte wijze de wil van de erflater te beïnvloeden of te vervormen, zelfs zonder dat van bedrog in de echte zin van het woord kan gesproken worden. Het feit dat de wil van de beschikker afgeleid werd, dat zijn besluitvorming anders zou geweest zijn, indien de beïnvloeding niet had plaatsgehad, is voldoende om de gift aanvechtbaar te maken. Captatie (misleiding van de geest door externe factoren) valt er bijna samen met ongezondheid van geest (intern gebrek van de besluitvorming).

Deze correlatie blijkt bv. zeer duidelijk uit een tragi-komisch geval uit deze periode. Een oude zieke schilder werd het hoofd op hol gebracht door een jonge provokante en gewiekste hulp-in-de-huishouding. Zij werd dan ook vrij vlug na haar aanwerving in stijgende mate in zijn testamenten bevoordeeld ten nadele van zijn oude en zieke echtgenote, in wiens voordeel hij nog enkele weken voor de komst van de huishoudster beschikt had en van wie hij opeens wilde uit de echt scheiden. Het hof van Luik (18 november 1985, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 273) verklaarde deze testamenten nietig, niet wegens captatie, maar wegens ongezondheid van geest van de erflater!

20. Beweren dat in deze extensieve opvatting alleen die beschikkingen overeind blijven die geïnspireerd werden door eerlijk gemeende en zonder bijbedoelingen betoonde genegenheid (in die zin Swennen, L., noot onder Antwerpen, 21 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 1959) gaat nochtans te ver (zie Bergen, 25 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 344). Trouwens hoe kan men achterhalen en bewijzen of genegenheid berekend is of niet, toewijding geveinsd is of niet ?(vgl. Rb. Antwerpen, 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 266)

21. De extensieve opvatting van De Page inzake captatie en suggestie vond tot hiertoe weinig weerklank in de rechtspraak (in tegenstelling tot de quasi-eenparigheid waarmee zijn theorie van de versterkte toestemming bij toepassing van art. 901 B.W. wordt aanvaard; zie hoger nr. 2) . Zij werd in deze periode wel volmondig bijgetreden door het hof van Bergen (25 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 344). Het hof was evenwel van oordeel dat niet bewezen was dat er in het te beoordelen geval van captatie, zelfs in deze ruime opvatting, sprake was.

2) Bewijs

22. Welke stelling men ook voorstaat, steeds wordt geëist dat door degene die de geldigheid van het testament aanvalt, het bewijs van de daadwerke-

lijke beïnvloeding geleverd wordt aan de hand van preciese en concrete feiten (Antwerpen, 8 mei 1984, *T. Not.*, 1985, 74, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 125, nr. 23307; Antwerpen, 27 mei 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 559; Rb. Brussel, 20 februari 1987, *J.T.*, 1987, 525; *T.B.B.R.*, 1988, 134; *Rev. Not. B.*, 1987, 492; Bergen, 25 juni 1985, gecit.; Antwerpen, 13 september 1989, gecit.).

Een belangrijk element in de bewijsvoering is bv. dat de erflater teruggekomen is op vroegere beschikkingen en dat aangetoond wordt dat deze wijzigingen het gevolg zijn van de manipulaties van de begunstigde (Rb. Antwerpen, 19 december 1984, gecit.; Kluyskens, III, nrs. 64 e.v.).

Vage beweringen of wijzen op toestanden, die alleen maar een mogelijkheid van beïnvloeding aantonen, volstaan niet (Bergen, 25 juni 1985, gecit.).

Onvoldoende is ook dat bewezen wordt dat de begunstigde, op verzoek van de erflaatster, de notaris contacteerde en aanwezig bleef bij het verlijden van het testament in haar voordeel (Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, gecit.).

23. Deze zware bewijslast brengt ook hier een efficiënte beperking aan, zelfs bij een extensieve interpretatie van wat onder erfenisbejaging moet verstaan worden (zie Bergen, 25 juni 1985, gecit.). In slechts één van de besproken vonnissen of arresten (Rb. Luik, 19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620) werd de gift ongeldig verklaard, wegens captatie maar het was niet de enige grond waarop de nietigheid gebaseerd werd, er werd immers tevens aanvaard dat de schenker niet meer over al zijn geestesvermogens beschikte en de schenkingen in feite een pretium stupri waren (zie ook verder nrs. 69 e.v.).

3) Vermoedens

24. In de te bespreken periode was er heel wat te doen over de vraag of en in welke mate na het arrest van het hof van beroep van Antwerpen van 21 september 1977 (*R.W.*, 1977- 78, 1954, noot Swennen, L.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 386, nr. 22290, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 27 april 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1020; *Pas.*, 1979, I, 1014, noot E.K.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 146, nr. 22596; *R.W.*, 1979-80, 2235; *Rev. Not. B.*, 1981, 55; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 377; *T. Not.*, 1980, 198; zie de bespreking vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 549) deze strenge bewijslast versoepeld is t.a.v. giften gedaan ten voordele van een houder van een bejaardentehuis door een persoon die in dat tehuis werd verzorgd, gedurende de ziekte waaraan hij overleden was.

Het hof van Antwerpen stelde toen om te beginnen dat de onbekwaamheden die door art. 909 B.W. zijn ingericht niet zonder wetgevende tussenkomst kunnen uitgebreid worden tot andere personen dan diegenen die er in vernoemd zijn (zie hierover ook verder nr. 39), maar dat dezelfde verdenking als die welke voor de wetgever volstond om in art. 909 B.W. t.a.v. de daar genoemde personen een wettelijk vermoeden juris et de jure van wederrechtelijke beïnvloeding en captatie te scheppen, voor de rechter geldt

als feitelijk vermoeden juris tantum van wederrechtelijke beïnvloeding. Het hof voegde er aan toe dat dit zelfstandig vermoeden in casu verscherpt en aangevuld werd door de vaststelling van een aantal concrete feiten en dat dus door gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens het bewijs van de wederrechtelijke beïnvloeding geleverd was.

Hieruit hebben sommigen gemeend te mogen afleiden dat het ten aanzien van de houder van een bejaardentehuis zou volstaan aan te tonen dat hij de erflater heeft verzorgd tijdens diens laatste ziekte, om het bewijs te leveren dat een gift aan hem door invloedsmisbruik tot stand kwam. Het Hof spreekt immers van een zelfstandig vermoeden. De begunstigde zou dan wel nog kunnen, maar moeten, aantonen dat dit niet het geval was (Swennen, L., noot onder het arrest, *R.W.*, 1977-78, 1960; zie ook Geelhand, N., noot onder Luik, 3 mei 1988, *R.C.J.B.*, 1991 (116-141), nr. 25 met nuances; vgl. Blockx, J., noot onder Rb. Antwerpen, 19 december 1984; *Rev. Not. B.*, 1985, 277). Ook de rechtbank van Antwerpen (19 december 1984, gecit.; die er ook van uitgaat dat een wettelijk vermoeden juris et de jure nooit zonder ingreep van de wetgever van toepassing kan zijn op houders van bejaardentehuizen) neemt aan dat door het arrest van haar beroepshof een feitelijk vermoeden juris tantum van captatie in hoofde van houders van een bejaardentehuis werd aanvaard. Dit feitelijk weerlegbaar vermoeden zou volgens de rechtbank ook uit art. 909 B.W. zijn afgeleid. Nodig maar voldoende om de gift ongeldig te maken, is volgens de rechtbank aan te tonen dat deze personen de erflater in hun tehuis verzorgd hadden. In de te beoordelen zaak was dit nochtans niet het geval omdat de begunstigden alleen maar kamers verhuurden en eetmalen serveerden, de bewoners een sleutel van het huis hadden en in geval van ziekte een dokter werd ontboden of eventueel tot hospitalisatie werd overgegaan. T.a.v. giften aan exploitanten die niet instaan voor de verzorging van de bewoners moet, volgens de rechtbank, de effectieve beïnvloeding aangetoond worden.

25. Het hof van Luik (3 mei 1988, gecit.) daarentegen is van oordeel dat uit dat arrest van het hof van Antwerpen alleen maar kan afgeleid worden dat het feit dat de begunstigde houder van een bejaardentehuis de erflater in dat tehuis had verzorgd tijdens zijn laatste ziekte, een aanduiding is voor mogelijke beïnvloeding, die voor tegenbewijs vatbaar is, maar op zichzelf niet voldoende is en dus door andere elementen van de zaak moet gestaafd worden, opdat door gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens de ongeoorloofde beïnvloeding zou bewezen zijn (in die zin ook Delnoy, „Chronique de droit à l'usage du notariat'', Vol. XII, 234; Raucent, L. en Staquet, I., „Examen de jurisprudence (1980-87). Les libéralités et les successions'', *R.C.J.B.*, 1989, (665-698), 677).

Hierbij wordt verwezen naar het cassatiearrest van 27 april 1979, gecit., waardoor de voorziening tegen het arrest van Antwerpen verworpen werd. In dat cassatiearrest zijn inderdaad voldoende elementen terug te vinden waaruit blijkt dat het hof van oordeel was dat het betwiste arrest van het

beroepshof zich niet had gesteund op het loutere feit van de verzorging, om te esluiten tot de ongeoorloofde beïnvloeding maar op een geheel aan feiten die gewichtige bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens in die richting inhielden („de rechters zodoende zonder dubbelzinnigheid te kennen geven dat zij het geheel van de in aanmerking genomen feitelijke vermoedens als gewichtig, bepaald en met elkaar overeenstemmend aanzien").

Het hof van Luik merkt terecht op (in tegenstelling tot de rechtbank van Antwerpen) dat het vermoeden juris tantum door het hof van Antwerpen niet werd afgeleid uit art. 909 B.W., maar dat dit hof van oordeel was dat een gelijkaardige verdenking rust op houders van bejaardentehuizen, die de erflater in dat tehuis hebben verzorgd tijdens zijn laatste ziekte (zie ook Cass., 27 april 1979, gecit.). Zodoende wordt de zogezegde bewijsfaciliteit die door het hof van Antwerpen zou zijn ingesteld terdege gerelativeerd.

26. Dit betekent nochtans niet dat het hof van Luik terzake strengere eisen stelt inzake het bewijs van de ongeoorloofde beïnvloeding, wel integendeel. In datzelfde arrest schijnt het hof ook van oordeel te zijn (zie nochtans Geelhand, N., *o.c.*, nr. 3 e.v.; zie ook verder nr. 40) dat, opdat art. 909 B.W. zelf en het daarin vervatte wettelijk vermoeden juris et de jure van captatie van toepassing zou zijn, het er op aankomt te bewijzen dat de begunstigde persoon — wat ook zijn beroep weze — instond voor de medische behandeling van de erflater tijdens zijn laatste ziekte. Dan is telkens de situatie, waarin invloedsmisbruik mogelijk is, aanwezig.

Wat het bewijs van de captatie in hoofde van houders van bejaardentehuizen betreft, heeft dit tot gevolg dat diegenen die t.a.v. de schenker/erflater, die bij hen inwoonde, daden van geneeskunde hebben gesteld en door hem werden begiftigd, onder de toepassing vallen van het wettelijk vermoeden van 909 B.W. T.a.v. hen is de eventuele bewijsfaciliteit dus overbodig. Deze bewijsfaciliteit wordt wel afgewezen t.a.v. giften aan houders van bejaardentehuizen die de erflater tijdens zijn laatste ziekte hooguit zorgen hebben verstrekt van het niveau van verpleegkundigen (in die zin ook Delnoy, *o.c.*, 238).

27. De nood aan deze bewijsfaciliteit doet zich voelen omdat ingezien wordt dat invloedsinbreuk in dit geval evenzeer te vrezen valt, maar men anderzijds niet aanvaardt dat de lege lata art. 909 B.W. van toepassing is op houders van bejaardentehuizen. De bewijsfaciliteit wordt als een tussenoplossing naar voor geschoven en heeft bovendien nog het voordeel een soepeler regeling mee te brengen dan het rigide onweerlegbare vermoeden van art. 909 B.W.

De vraag is nochtans of de lege lata zich dergelijke beperkte interpretatie opdringt (zie hierover verder nrs. 40 e.v.).

AFDELING 2

BEKWAAMHEID

§ 1. Bekwaamheid tot beschikken

1) De minderjarigen

28. Het principe dat elke persoon rechts- en handelingsbekwaam is, tenzij hij door de wet onbekwaam verklaard werd (art. 1123 B.W.), geldt ook inzake giften (art. 902 B.W.).

Tot die uitzonderlijke categorie behoren in de eerste plaats de minderjarigen. In de te bespreken periode werd de leeftijd van de meerderjarigheid verlaagd tot achttien jaar (Wet van 19 januari 1990, *B.S.*, 30 januari 1990, in werking getreden op 1 mei 1990), zodat jongeren nu ook vlugger volledig bekwaam zijn gifen te doen (over deze wet zie o.a. Leleu, Y., „L'accession à la pleine capacité à dix-huit ans. Ses effets et ses implications dans les divers domaines du droit'', *Rev. Not. B.*, 1990, 346-371; Van Hove, E., „De gevolgen van de meerderjarigheid op 18 jaar'', *T. Not.*, 1990, 123-133; Senaeve, P., „De burgerrechtelijke gevolgen van de verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd'', Studie- avond *Jeugd en Recht. Een stand van zaken*, Postuniversitair Centrum voor West-Vlaanderen, Brugge, 24 april 1990, 34 p.).

Door deze wet werden ook de artikelen 1095 en 1397 B.W. gewijzigd in die zin dat, in het nu uitzonderlijk geworden geval een minderjarige in het huwelijk treedt, deze alleen nog de bijstand van één van zijn ouders of de toestemming van de jeugdrechtbank nodig heeft om aan zijn wederhelft schenkingen te doen bij huwelijkscontract.

2) De onbekwaam verklaarden

a. De reeds onbekwaam verklaarden

29. Tot de uitzonderlijke kategorie van onbekwamen behoren ook diegenen die overeenkomstig art. 489 B.W. gerechtelijk ontzet werden. Alle rechtshandelingen en dus ook giften die na die onbekwaamverklaring gedaan werden, zijn rechtens nietig (art. 502 B.W.) zonder dat bv. moet bewezen worden dat op het ogenblik van de gift de persoon niet meer over zijn geestesvermogens beschikte (Cass., 8 september 1989, *Pas.*, 1990, I, 21; Bergen, 25 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 344; Rb. Luik, 5 december 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 506). Dit betekent nochtans niet dat deze persoon zodoende ook rechtsonbekwaam wordt goederen over te dragen. Deze opvatting werd wel eens door oudere Franse rechtsleer verdedigd (Colin-Capitant et de la Morandière, III, nr. 1416; Beudant-Lerebours-Pigeonnière et Voirin, VI, nr. 94; Solus, noot onder Parijs, 10 december 1934, *S.*, 1935, 2, 193) maar is in de te bespreken periode stellig afgewezen door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (20 februari 1987; *T.B.B.R.*, 1988, 134; *J.T.*, 1987, 525, *Rev. Not. B.*, 1987, 493), die hierin de Franse rechtspraak (Cass. Fr., 19

januari 1937, *S.*, 1937, 1.121 met verslag Pilon, *D.P.*, 1937, 1, 33 met beamende noot Savatier) en de meerderheid van de rechtsleer volgt (Geffriaud, *De l'incapacité du testateur survenue entre la confection du testament et le décès*, Proefschr., Rennes, 1938; Planiol-Ripert, V, nr. 249; Sace, J., „Du consentement en matière testamentaire", *Rev. Not. B.*, 1981, (128-139), 138; Puelinckx- Coene, M., „Vrijgevigheid, een privilegie van gezonden van geest", *R.W.*, 1979-80, (481- 518), 501; Sintobin, N., noot onder Rb. Mechelen, 1 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, (963-965), nr. 7). Dit betekent dat een testament dat vóór de onbekwaamverklaring op een geldige wijze en met het nodige oordeelsvermogen tot stand kwam ook na de onbekwaamverklaring nog uitwerking kan krijgen (vgl. art. 504 van de Franse C.c.).

b. Periode vóór de onbekwaamverklaring

30. Tijdens de procedure van onbekwaamverklaring blijft de betrokken persoon (handelings)bekwaam. Maar handelingen die vóór de onbekwaamverklaring werden gesteld kunnen nietig verklaard worden zo de oorzaak van de onbekwaamverklaring kennelijk bestond ten tijde dat die handelingen zijn verricht (art. 503 B.W.). De rechtbank van Brussel (20 februari 1987, gecit.) geeft een aantal duidelijke maar reeds vrij algemeen aanvaarde preciseringen i.v.m. de toepassing van art. 503 B.W., meer speciaal t.a.v. giften. Om te beginnen stelt ze dat art. 503 B.W., dat geen onderscheid maakt tussen handelingen ten bezwarende of ten kosteloze titel, ook kan ingeroepen worden om de geldigheid van een testament aan te vechten. Na enige vroegere aarzeling (zie de oude rechtspraak geciteerd bij De Page, VIII, nr. 86 D, maar ook Sace, nr. 53) lijkt dit nu een vrij algemeen aanvaard standpunt (zie ook Rb. Brussel, 19 februari 1909, *Pas.*, 1909, III, 137; Luik, 26 januari 1934, *Jur. Liège*, 1934, 137; *Pas.*, 1934, II, 118; Luik, 19 februari 1957, *J.T.*, 1958, 129; Luik, 2 december 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 185; Kluyskens, III, nr. 36; De Page, VIII, nr. 86 D; Van Hove, E., „La gestion du patrimoine de l'aliéné", *Rev. Prat. Not.*, 1953, 331; Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 301, nr. 5).

Opdat art. 503 B.W. kan ingeroepen worden moet aan twee voorwaarden voldaan zijn: de oorzaak van de onbekwaamverklaring moet reeds bestaan hebben op het ogenblik van de rechtshandeling en zij moet kennelijk bestaan hebben.

In navolging van rechtspraak (Cass., 28 januari 1972, *Pas.*, 1972, I, 515; Brussel, 8 februari 1967, *Pas.*, 1967, II, 210) en rechtsleer (Delva, *Personen- en familierecht*, 1982, 546; De Page, II, nr. 363; Gerlo, J., „Het statuut van de geesteszieken", *T.P.R.*, 1974, 596, nr. 32; Guldix, E., Commentaar bij art. 503, nr. 7, in *Commentaar personenrecht*, Kluwer Rechtswetenschappen) neemt de rechtbank aan dat hiermee bedoeld wordt dat de aanhoudende staat van krankzinnigheid een publiek algemeen bekend feit moet geweest zijn. De idee is dat door deze algemene bekendheid normaal zorgvuldige derden op hun hoede moeten zijn. De algemene bekendheid vervult hier in

feite dezelfde functie als de publiciteitsmaatregelen die later bij de onbekwaamverklaring opgelegd worden.

Tenslotte preciseert de rechtbank dat deze nietigheid (in tegenstelling tot de nietigheid op grond van art. 502 B.W.) facultatief is en de rechter terzake over een discretionaire beoordelingsmacht beschikt. Ook dat is een algemeen aanvaard standpunt (Cass., 5 september 1968, *Pas.*, 1969, I, 19; Rb. Hoei, 3 juli 1946, *Pas.*, 1948, III, 25; Rb. Bergen, 1 april 1963, *Pas.*, 1963, III, 76; Brussel, 9 januari 1961, *Pas.*, 1962, II, 24; Coene, M., Commentaar bij art. 902 nr. 19, in *Commentaar E.S.T.*; Pauwels, J.M., *De invloed van geestelijke gestoordheid op privaatrechtelijke gebondenheid en aansprakelijkheid. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland*, 52; Renard, C., „Examen de jurisprudence (1939-48). Personnes et biens'', *R.C.J.B.*, 1959, 259, nr. 71; Kluyskens, III, nr. 38).

De rechter mag met alle in het spel zijnde belangen rekening houden en o.m. met de anciënniteit van de rechtshandeling, de goede of kwade trouw van de andere partij, het feit of de nietigverklaring gevolgen zou hebben voor derden-verkrijgers (Massip, J., noot onder Cass. Fr., 17 februari 1987, *D.*, 1987, J., 417). Belangrijk is ook of er een mogelijke kans bestaat dat de (toekomstige) onbekwame zich op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling realiseerde wat hij deed (Baeteman, G., *Personen en gezinsrecht*, III, Brussel, 1988, 614).

31. Giften vóór de onbekwaamverklaring gedaan kunnen ook nog op grond van art. 901 B.W. (zie hoger nrs. 2 e.v.) worden aangevochten. De artikelen 503 en 901 B.W. zijn gebaseerd op dezelfde idee. Het ene sluit het andere niet uit (Luik, 19 februari 1957, gecit.). Alleen ligt de bewijslast anders. In toepassing van art. 503 B.W. is het niet nodig aan te tonen dat de persoon die de gewraakte gift deed op dat preciese ogenblik niet over al zijn geestesvermogens beschikte (De Page, VIII, nr. 86 D; Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 301, nr. 5) (zie nochtans hoger nr. 14).

3) Verkwisters en zwakzinnigen

32. Personen waarvan de geestesaandoening niet van aard is dat een onbekwaamverklaring mogelijk zou zijn, kunnen onder gerechtelijk raadsman worden gesteld (art. 1247 Ger. W.). Deze maatregel heeft slechts een gedeeltelijke handelingsonbekwaamheid tot gevolg. Zo zijn verkwisters en zwakzinnigen niet uitgesloten van het recht om bij testament over hun goederen te beschikken (Antwerpen, 8 mei 1984; *T. Not.*, 1985, 74; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 125, nr. 23307; zie ook hoger nr. 15).

4) Personen aan wie een voorlopig bewindvoerder werd toegevoegd

33. In de te bespreken periode werd een nieuw beschermingsstatuut ingevoerd door de wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de

goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren (*B.S.*, 26 juli 1991). Aan deze personen kan een voorlopige bewindvoerder toegevoegd worden met het oog op de bescherming van hun goederen (zie bv. reeds Vred. Ronse, 18 oktober 1991, *T. Not.*, 1992, 143).

De aanstelling van dergelijke bewindvoerder kan invloed hebben op de bekwaamheid van de beschermde persoon om giften te doen (of te ontvangen) (zie hierover o.a. Blontrock, F., „De voorlopige bewindvoerder'', *T. Not.*, 1992, 107-133; Casman, H., „Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon'' in Baeteman, G. (ed.), *Het nieuwe statuut van de geesteszieken*, 1992, (107-141), nr. 39; Coene, M., „Commentaar bij art. 902 B.W., nrs. 10, 22, 32, 42'', in *Commentaar E.S.T.*; Leleu, Y. en Vanstaen, J.M., „Bescherming van de personen en de goederen van de geesteszieke'', omzendbrief CIN, 91/9, 67; Masson, J., „Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs'', *Rev. Not. B.*, 1992, 174-205; Pintens, W. en Verbeke, A., „Voorlopig bewind over goederen toebehorend aan een meerderjarige'', *R.W.*, 1991-92, (169-180), nr. 37 e.v.).

Vrij algemeen wordt in de rechtsleer aangenomen dat giften en meer specifiek de animus donandi die er aan ten grondslag ligt een te persoonlijk karakter hebben, zodat giften in de regel niet door een wettelijke vertegenwoordiger in naam van de beschermde persoon kunnen worden gedaan. Wie zijn vermogen wil verarmen moet dit zelf vrij en bewust doen. Een dergelijke vergaande ingreep in andersmans rechtssfeer is bovendien nooit vereist omwille van een goed beheer van het vermogen of omwille van het eigen belang van de betrokkene.

Bovendien blijven ook hier de algemene principes inzake bestuur van andermans vermogen gelden. Dit betekent dat de bewindvoerder alleen maar die handelingen kan verrichten die nodig of nuttig zijn voor het behoud en de aspeculatieve vermeerdering van de waarde van het beheerde vermogen, evenals voor zijn redelijke vruchtdraging (Van Gerven, W., *Bewindsbevoegdheid*, nr. 40; Puelinckx-Coene, M., „Enkele bedenkingen bij de bevoegdheidsoverdracht tussen echtgenoten (art. 1426 B.W)'', *R.W.*, 1982-83, 2522, nr. 14). A priori kan gesteld worden dat alle rechtshandelingen om niet buiten deze objectieve grens vallen.

Ook aan deze voorlopige bewindvoerder, zelfs met een algemene bewindsopdracht, wordt daarom door het merendeel van de rechtsleer (uit de discussie terzake in de Senaat kan geen sluitend antwoord afgeleid worden, Verslag Herman-Michielsen, *Gedr. St.*, Senaat (1990-91), nr. 1102/3, 91) de bevoegdheid tot schenken ontzegd (Casman, H., *o.c.*, nr. 39; Coene, M., *o.c.*, nr. 32; Leleu en Vanstaen, *o.c.*, nr. 84; Masson, *o.c.*, nr.21; Pintens, W. en Verbeke, A., *o.c.*, nr. 37; contra: Blontrock, *o.c.*, nr. 44). Art. 488 bis, f., § 3, b), dat voorziet dat de voorlopge bewindvoerder voor de vervreemding van de onroerende en roerende goederen van de beschermde persoon een bijzondere machtiging nodig heeft van de vrederechter, wordt vrij algemeen geïnterpeteerd in die zin dat het vervreemdingen ten bezwarende

titel viseert (zie ook Verrycken, M., „De wetgeving inzake het beheer van de goederen van geesteszieken", *Vl. T. Gez.*, 1991-92, (185-198), nr. 8.3; contra: Blontrock, *o.c.*, nr.44). Vervreemdingen ten kosteloze titel zijn gewoon uitgesloten.

Het komt ons dan ook verwonderlijk voor dat de vrederechter van Lier (30 juni 1992, gepubliceerd in Pintens, W. en Buyssens, F., *Familiaal vermogensrecht in 143 uitspraken*, 1992, 407), zonder zijn bevoegdheid terzake te verantwoorden, bereid gevonden werd aan de voorlopige bewindvoerder (echtgenoot van de beschermde persoon) bijzondere machtiging te verlenen in naam van deze persoon een onroerend goed aan hun beide kinderen te schenken omdat de beschermde persoon het goed niet meer kon onderhouden of er van genieten!

5) Personen geplaatst in een instelling of voor verzorging in een gezin opgenomen

34. De maatregelen die in het kader van de wet van 26 juni 1990 betreffende de persoon van de geesteszieke kunnen getroffen worden met betrekking tot de persoon van de geesteszieke hebben geen automatische invloed op zijn (handelings)bekwaamheid, zijn vermogen te beheren en dus eventueel giften te doen (Verslag Herman-Michielsen, *Gedr. St.*, Senaat, (1990-91), nr. 1102/3, 6; Verslag Mayeur, *Gedr. St.*, Kamer, (1990-91), nr. 1654/2, 3). Hiertoe werd beslist in overeenstemming met aanbeveling (83) 2 van 22 februari 1983 van de Raad van Europa over de rechtsbescherming van geestesgestoorden opgenomen buiten hun wil (zie hierover Coene, M., „Commentaar bij art. 902", *o.c.*, nr. 15). Wel kan de vrederechter, wanneer bij hem een verzoek wordt ingediend om in toepassing van deze wet maatregelen te treffen ter bescherming van de persoon van de geesteszieke, ambtshalve de procedure inleiden tot toevoeging van een voorlopige bewindvoerder (art. 488 bis, b), § 1, lid 2 en § 4, lid 2 B.W.) met alle gevolgen vandien inzake de bekwaamheid giften te doen (zie hoger nr. 33).

6) Handelsvennootschappen

35. Herhaald werd in deze periode zonder meer gesteld dat handelsvennootschappen onbekwaam zijn giften te doen (Gent, 28 februari 1985, *T.G.R.*, 1986, 57; Gent, 13 oktober 1986, *T.G.R.*, 1986, 58; zie ook Luik, 4 juni 1980, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1982, 307, noot A.G., *Rev. Prat. Soc.*, 1981, 205). Dit druist immers in tegen hun maatschappelijk doel, dat steeds het beogen van winst inhoudt.

Deze stelling werd nochtans door het Hof van Cassatie (13 april 1989, *Arr Cass.*,1988-89, 920, nr. 454; *J.T.*, 1990, 751; *Pas.*, 1989, I, 825, nr. 454. *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 315, nr. 24138; *R.C.J.B.*, 1991, 205; *Rev. Not. B.*, 1989, 410; *R.W.*, 1989-1990, 253; *R.D.C.*, 1989, 878 en de bespreking bij Sace, nr. 135-1; zie ook Rb. Luik, 12 april 1991, *J.T.*, 1992, 81, noot C. Darville-Finet) genuanceerd. Dit hof was van oordeel dat handelingen ten

kosteloze titel niet noodzakelijk onverenigbaar zijn met de natuur zelf van een handelsvennootschap. Om geldig te zijn is wel vereist dat de gift — het weze onrechtstreeks — bijdraagt tot de verwezenlijking van het maatschappelijk doel.

Dit achtte men het geval bij een gift die tot doel had de trouw te stimuleren van een familielid/aandeelhouder aan de familievennootschap, waarvan men het familiale karakter wenste te bewaren (zie ook de nuanceringen van Darville-Finet, C., *o.c.*, *J.T.*, 1992, 83; zie ook Renauld, J., „L'octroi bénévole, par une société, de pensions ou complément de pensions à ses administrateurs et préposés'', *Rev. Prat. Soc.*, 1965, 1-8).

Deze vraag is uiteraard alleen aan de orde wanneer de rechtshandeling die door de vennootschap getroffen werd — zelfs al werd ze door haar als vrijgevigheid bestempeld — wel degelijk een schenking inhoudt (Brussel, 10 maart 1982, *R.W.*, 1983-84, 2826, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 41; Rb. Luik, 12 april 1991, gecit.; zie verder nr. 114).

§ 2. Bekwaamheid tot ontvangen

1) De gewone onbekwamen

a. De minderjarigen

36. Minderjarigen zijn handelingsonbekwaam de giften die hun gedaan zijn te aanvaarden. Ook hier (vgl. hoger nr. 28) moeten zij vertegenwoordigd worden, maar art. 935, § 3 B.W. voorziet dat de ascendenten zonder verdere bevoegdmakende pleegvormen namens de minderjarige een gift kunnen aanvaarden.

Betekent dit dat ouders, die een gemeenschapsgoed aan een minderjarig kind schenken, tegelijkertijd kunnen optreden als schenker en bovendien als vertegenwoordiger van de minderjarige de gift kunnen aanvaarden?

Neen, zegde de rechtbank van Dendermonde (8 juli 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, 321, noot C. De Busschere) in een geval waarin er wel tegenstrijdige belangen bleken te zijn tussen de vader en de kinderen. Ook de rechtsleer maant tot voorzichtigheid en raadt o.a. aan een andere ascendent bij de schenking te betrekken (Raucent, nr. 92; contra: Bergen, 16 juni 1982, *Rev. Not. B.*, 1982, 472, noot D.S.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 408, noot A.C.: het ging er evenwel om een schenking van geringe bedragen en er werd uitdukkelijk gepreciseerd dat er geen gevaar was van tegenstrijdigheid van belangen).

b. De nog niet opgerichte rechtspersonen

37. Zie verder nr. 334.

2) De bijzondere onbekwamen tot ontvangen

a. Algemeen

38. Een voogd kan geen gift ontvangen van zijn (gewezen) pupil zolang de slotrekening over de voogdij niet gedaan of aangezuiverd is (art. 907, lid 2 B.W.). Doctoren in de geneeskunde en bedienaars van de eredienst worden eveneens relatief onbekwaam geacht giften te ontvangen van personen, die ze tijdens hun laatste ziekte hebben verzorgd of bijgestaan (art. 909, lid 1 B.W.).

Reden hiervoor is het gezag en de macht die zij tengevolge van hun ambt over de schenker/erflater hebben met als gevolg diens afhankelijkheid ten hunnen opzichte, m.a.w. men vermoedt dat de gift beïnvloed werd. Het gaat om een wettelijk vermoeden juris et de jure dat tot onbekwaamheid leidt. Traditioneel wordt dan ook voorgehouden dat de artikelen 907 en 909 B.W. van strikte toepassing zijn en dus eng moeten geïnterpreteerd worden. Dit betekent dat in analoge gevallen nog het daadwerkelijk bewijs van captatie moet geleverd worden.

b. Bestuurders van bejaardentehuizen

39. Ook in deze periode (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 548, nr. 9) was er heel wat te doen over de vraag wie nu precies onder de onbekwaamheid van art. 909 B.W. valt.

Of art. 909 B.W. zo strikt moet geïnterpreteerd worden en inderdaad ook geïnterpreteerd wordt, is al geruime tijd in vraag gesteld. Een strikte interpretatie leidt er immers toe alleen die begunstigden relatief onbekwaam te verklaren die een beroep uitoefenen dat expliciet in art. 909 B.W. vermeld wordt. Deze rigoureuze houding wordt in deze periode ingenomen door de rechtbank van Antwerpen (19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 267, noot J. Blockx; zie ook Antwerpen, 21 september 1977, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 27 april 1979; zie hierover ook hoger nrs. 24 e.v.).

40. Meer en meer wordt nochtans aangenomen dat met „doctors in de geneeskunde", zoals gebruikt in art. 909 B.W., niet alleen diegenen bedoeld worden die dat diploma behaald hebben, maar ook alle anderen die zieken verzorgen en die op grond van hun (vermoede) kundigheid en vaardigheid het leed kunnen verzachten of misschien zelfs het leven kunnen verlengen en daardoor een zeer grote invloed kunnen uitoefenen op de zieke (Raucent, 49; Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 302, nr. 9; Ullman, noot onder Rb. Namen, 11 mei 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 329). Vereist wordt dan wel dat deze personen (op een wettige of onwettige wijze) daden van geneeskunde stellen (Nys, H., „Commentaar bij art. 909", 7 in *Commentaar E.S.T.*) die dan worden tegengesteld aan daden van loutere materiële verzorging.

De vraag kwam in de rechtsleer vooral aan bod in verband met de toepasselijkheid van art. 909 B.W. op verpleegkundigen en paramedische beroepen, in de mate zij daden van geneeskunde stellen (zie Nys, *o.c.*, 4 e.v.).

Een arrest van het hof van beroep van Luik (3 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 15; *R.C.J.B.*, 1991, 112, noot N. Geelhand, dat Namen, 11 mei 1981, *R.R.D.*, 1981, 329, noot Ullman bevestigt; zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 549) schijnt in principe deze opvatting aan te hangen (alhoewel, eigenaardig genoeg, het nochtans met zoveel woorden stelt dat art. 909 B.W. van strikte toepassing is) en wel toegepast op houders van bejaardentehuizen (zie nochtans Geelhand, N., *o.c.*, nr. 3 e.v.). Het hof stelt immers dat een van de voorwaarden voor de toepasselijkheid van art. 909 B.W. is dat de begunstigde de schenker/erflater heeft „verzorgd''. Het weigert in casu wel art. 909 B.W. op de begunstigde houders toe te passen, omdat ze hoogstens de erflaatster zorgen hadden toegediend die regelmatig door verpleegkundigen worden verstrekt, maar niet kunnen beschouwd worden als daden van geneeskunde (zie ook hoger nr. 25).

41. Men kan zich nochtans afvragen of, nu reeds door sommigen een meer extensieve toepassing van art. 909 B.W. wordt aanvaard, de ultieme grens moet liggen bij het al dan niet stellen van daden van geneeskunde of verstrekken van geestelijke bijstand tijdens de laatste ziekte. Recente rechtsleer oordeelt van niet (zie voor deze periode het warme en overtuigende pleidooi van N. Geelhand, „Le juge aux prises avec la lettre et l'esprit de l'art. 909 du Code civil'', noot onder Luik, 3 mei 1988, *R.C.J.B.*, 1991, 116-141). Voorwaarde is dan wel dat men artikel 909 B.W. toepast naar de geest en niet naar de letter. In feite heeft dit artikel als begunstigden die personen willen uitschakelen, die een zeer grote macht kunnen uitoefenen op een mens in de eindfaze van zijn leven! Dat is, volgens deze auteur, de echte regel van art. 909 B.W.! In 1804 waren daarvan de enige toepassingen: de geneesheer en de pastoor, in de gewijzigde context van vandaag kunnen daar ook in sommige gevallen bestuurders van bejaardentehuizen worden toe gerekend!

Vereenzaamd en verlaten door hun familie, hulpeloos, fysiek en psychisch aan de aftakeling toe, zijn bejaarden, meer dan wie ook, beïnvloedbaar en gemakkelijk slachtoffer van diegenen die dagelijks met hen omgaan en hun leven al dan niet draaglijk maken. Relevant is dan niet of de begunstigde daden van geneeskunde of van geestelijke bijstand heeft gesteld, hoofdzaak is de afhankelijkheid van de schenker/testator en de machtspositie van de begunstigde, die zich kan uiten in verschillende varianten: nood aan geneeskundige behandeling, aan morele bijstand maar ook aan behoorlijke dagdagelijkse verzorging!

Zodoende houdt de zogenoemde uitzonderingsbepaling van art. 909 B.W. een regel van algemene draagwijdte in die van toepassing is ook op niet uitdrukkelijk voorziene gevallen, in de mate men voor dezelfde situatie staat (zie Laurent, I, nr. 277, 353; Foriers, P., „L'interprétation par analogie en droit belge'' in *Rapports belges au X^o^ Congrès international de droit comparé*, C.I.D.C., Brussel, 1978, 37, nr. 10; vgl. Delnoy, *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Vol. XII, 239).

In deze extensieve interpretatie dient de rechter nochtans steeds na te gaan of

de machts- en afhankelijkheidssituatie tussen begunstigde en schenker, die tot invloedsmisbruik aanleiding geeft, aanwezig is (zoals hij ook steeds t.a.v. een geneesheer moet nagaan of de voorwaarden van art. 909 B.W. in zijnen hoofde vervuld zijn; vgl. Antwerpen, 3 oktober 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 155).

42. Uiteraard worden zodoende niet de kinderen of andere nauwe verwanten (tot en met de vierde graad) geviseerd die voor de erflater tot het einde van zijn leven gezorgd hebben. In art. 909, lid 3 B.W. wordt voor hen trouwens uitdrukkelijk een uitzondering voorzien (Antwerpen, 27 mei 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 559).

43. Dat om elke verdere betwisting terzake te vermijden, de lege ferenda een uitbreiding van het vermoeden van captatie wenselijk geacht wordt, blijkt uit het feit dat in deze periode opnieuw (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 549, nr. 9) de nodige wetgevende initiatieven genomen werden (zie het zeer (te) ruim geformuleerde wetsvoorstel Valkeniers, *Gedr. St.*, Senaat, (1985-86), nr. 170/1 en de bespreking ervan door Blockx, *o.c.* en C.S.W., 1985, 33-61, dossier nr. 4166-4167 en het beperktere voorstel De Clippele, *Gedr. St.*, Senaat, 1989-90, nr. 790/1; vgl. Luik, 8 juni 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 57, waar een verkoop op lijfrente tussen bestuurders van het bejaardentehuis en een van hun gasten geldig werd verklaard).

c. Wettige vertegenwoordigers

44. Een gelijkaardige discussie kan gevoerd worden in verband met het toepassingsgebied van artikel 907 B.W. De vraag is dan of op grond van dit artikel elke wettige vertegenwoordiger onbekwaam moet geacht worden giften te ontvangen van de persoon voor wiens bescherming hij instaat. Het traditionele antwoord is neen, op grond van het gekende argument dat uitzonderingen limitatief moeten geïnterpreteerd worden. Volgens sommigen valt alleen maar de voogd van een minderjarige onder de bepaling en wel omwille van het feit dat art. 907 B.W. het alleen over minderjarigen heeft (De Page, VIII, nr. 178; Colin- Capitant, III, nr. 1451; zie nochtans art. 487bis, 487octies en 509 B.W.).

De bijzonder voorlopige bewindvoerder, aangesteld op grond van de intussen afgeschafte Krankzinnigenwet van 13 juni 1850, viel dan zeker buiten het toepassingsgebied daar er geen uitdrukkelijke wettekst was die naar art. 907 verwees en er ook geen expliciete bepaling in die wet in dergelijke onbekwaamheid voorzag (De Page, VIII, nr. 112; Kluyskens, III, nr. 59; Schicks-Van Isterbeek, IV, 409; Sintobin, N., noot onder Rb. Mechelen, 1 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 963). Dit is al evenmin het geval voor de voorlopige bewindvoerder aangesteld op grond van de wet van 18 juli 1991 (zie hoger nr. 33), zodat ook deze buiten toepassing zou vallen van art. 907 B.W.

45. De rechtbank van Mechelen (1 juni 1987, gecit.) was, althans impliciet, de tegenovergestelde mening toegedaan.

De vraag heeft alleen practische relevantie voor giften gedaan door de te beschermen persoon, ofwel vooraleer hij onder het beschermingsstatuut werd geplaatst (wat zich dus t.a.v. minderjarigen niet kan voordoen), ofwel nadat dit was opgeheven (wat zich, minderjarigheid uitgezonderd, eerder zelden voordoet) en de afrekening met de wettige vertegenwoordiger nog niet was afgesloten.

Onbekwaamverklaring, verlengde minderjarigheid, toevoeging van een voorlopig bewindvoerder met algemeen bewind heeft immers tot gevolg dat de beschermde persoon zelf onbekwaam is giften te *doen* (zie hoger nrs. 29 e.v.) zodat deze op grond daarvan reeds van rechtswege nietig zijn!

Het lijkt mij dan ook dat er voor een extensieve toepassing van art. 907 B.W. meestal geen reden is en wel omdat we hier veelal niet voor een gelijkaardige situatie staan als t.a.v. minderjarigen (zie hoger nr. 41).

46. Dit blijkt vooral wanneer men rekening houdt met het ogenblik waarop t.a.v. giften de bekwaamheid moet beoordeeld worden. Giften die door de te beschermen persoon gedaan werden aan diegene die later als zijn vertegenwoordiger werd aangesteld en dus vóór hij onder het beschermingsstatuut werd geplaatst, kwamen tot stand vóór de situatie ontstond waarin invloedsmisbruik voor de hand liggend was. De bekwaamheid tot schenken moet beoordeeld worden op het ogenblik van de schenking, zodat schenkingen aan zijn latere vertegenwoordiger in geen geval onder de toepassing van art. 907 B.W. kunnen vallen.

47. Bij legaten moet nagegaan worden of de testator bekwaam was tot testeren bij het maken van zijn testament (en tot het overdragen van goederen bij zijn overlijden, zie hoger nr. 29) en of de legataris bekwaam was tot ontvangen bij het openvallen van de nalatenschap, met dien verstande dat de relatieve onbekwaamheid tot ontvangen van de legataris gepaard gaat met een relatieve onbekwaamheid tot legateren van de testator op het ogenblik van de redactie van het testament (De Page, VIII/1, nr. 194 bis; Kluyskens, III, nr. 58; Sace, nr. 46; Sintobin, N., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, 965).

De rechtbank van Mechelen (1 juni 1987, gecit.) besloot geheel in die lijn tot de geldigheid van een legaat in het voordeel van (de zoon, cfr. art. 911 B.W. van) een persoon die later voorlopig bewindvoerder werd van de erflater, maar deze functie ook niet meer uitoefende bij diens overlijden, zodat aan alle bekwaamheidsvereisten was voldaan.

Veelal zal de wettige vertegenwoordiger nochtans zijn functie blijven uitoefenen tot aan het overlijden van de te beschermen persoon en zou hij dus, zo men art. 907 B.W. van toepassing zou verklaren, om die reden, relatief onbekwaam zijn legaten te ontvangen, die de erflater hem had vermaakt voor hij onder het beschermingsstatuut kwam. Want nu (ook)

art. 907 B.W. een vermoeden juris et de jure van captatie stelt, kan hij zelfs niet bewijzen dat het legaat zonder enige beïnvloeding werd vermaakt. Invloedsmisbruik was hier nochtans niet te vrezen, niet bij de redactie van het testament maar ook niet nadat het beschermingsstatuut intrad, omdat de beschermde persoon toch niet meer tot rechtsgeldig handelen in staat was.

48. Een gelijkaardige situatie, als deze uitdrukkelijk voorzien in art. 907 B.W., doet zich slechts voor indien de beschermde persoon opnieuw bekwaam is geworden (zoals de minderjarige na verloop van tijd normalerwijze bekwaam wordt) en de vroegere wettige vertegenwoordiger nog niet heeft afgerekend. Dan kan ook hij misbruik maken van deze machtspositie om zijn vroegere beschermeling te dwingen tot het doen van een gift of hem ervan te weerhouden een testament, dat deze maakte voor hij onder dit beschermingsstatuut was gebracht, te herroepen.In een extensieve interpretatie van art. 907 kan alleen in deze situatie een wettige vertegenwoordiger onder het vermoeden juris et de jure van art. 907 B.W. vallen (vgl. nr. 41).

d. Sanctie

49. Overtreding van de artikelen 907 en 909 B.W. is gesanctioneerd met relatieve nietigheid (Cass., 5 januari 1953, *Pas.*, 1953, I, 289). Erfgenamen die het relatief nietige testament reeds ten dele hebben uitgevoerd of het bevestigd hebben, kunnen achteraf deze nietigheid niet meer inroepen (Rb. Gent, 4 september 1987, *T.G.R.*, 1989, 89/02). Deze rechtbank baseert zich hiervoor op art. 1340 B.W. Door heel wat rechtspraak en rechtsleer wordt inderdaad aanvaard dat dit artikel inzake bekrachtiging van nietige schenkingen naar analogie kan toegepast worden op nietige legaten (zie evenwel de nuanceringen bij De Page, VIII, nr. 933 e.v. en 1183). Maar art. 1340 B.W. laat uitzonderlijk de bekrachtiging door de erfgenaam toe van absoluut nietige schenkingen wegens inbreuk op de vormvereisten (en dus niet op grond van een grondvereiste, zie De Page, VIII, nr. 480 D; Dupeyroux, J., *Contribution à la théorie générale des actes à titre gratuit*, 1955, 381). De nietigheid die absoluut is in hoofde van de schenker omdat ze ter bescherming van diens erfgenamen werd ingevoerd, wordt dan relatief in hoofde van de erfgenamen die van deze bescherming kunnen afzien en de nietige schenking bekrachtigen (De Page, VIII, nr. 487 B; Dupeyroux, *o.c.*, 381; zie ook verder nr. 227).

Hier gaat het evenwel, ook in hoofde van de erflater, om een relatief nietige rechtshandeling. Relatief nietige rechtshandelingen — en dus ook legaten — kunnen steeds overeenkomstig het gemene recht bevestigd worden, waarna de nietigheid niet meer kan worden ingeroepen door diegenen die de rechtshandeling bevestigden (Brussel, 23 oktober 1987, *J. L.M.B.*, 1989, 5; De Page, VIII, nr. 1183).

e. Natuurlijke kinderen

50. In de te bespreken periode werd art. 908 B.W. afgeschaft dat de relatieve

onbekwaamheid poneerde voor natuurlijke kinderen om bij schenking of testament meer te ontvangen dan hun in de titel erfenissen was toegekend. Dit gebeurde bij art. 75 van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming. Overeenkomstig artikel 107, lid 1 van diezelfde wet is art. 908 B.W. evenwel nog van toepassing op nalatenschappen opengevallen vóór 6 juni 1987. Zo in dergelijke nalatenschappen bij de vereffening en verdeling in toepassing van het Marckx-arrest geen rekening meer gehouden werd met art. 908 B.W., kon daarop hoe dan ook niet meer teruggekomen worden (art. 107, lid 2).

Art. 908 B.W. was een van de artikelen die door het E.H.R.M. in het Marckx-arrest (E.H.R.M., 13 juni 1979, série A, nr. 31; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 227-268; voor een officieuze vertaling, zie *R.W.*, 1979-80, 947) strijdig bevonden werden met art. 14 E.V.R.M. in combinatie met art. 1 van het 1e Protocol (eerbied voor het eigendomsrecht). Door datzelfde Marckx-arrest werden ook verschillende andere bepalingen, o.m. art. 756 e.v. B.W. inzake het erfrecht van het natuurlijk kind, veroordeeld omdat ze strijdig geacht werden met art. 14 E.V.R.M. in combinatie met art. 8 E.V.R.M. (eerbied voor het familieleven).

De civiele rechtspraak (althans de hoven) weigerde nochtans aan deze nieuwe evolutieve interpretatie van deze artikelen van het E.V.R.M. rechtstreekse werking te verlenen (zie hierover uitgebreid het overzicht Erfenissen, dit tijdschrift, 1988 (907-1027), nrs. 50 e.v.).

Het Arbitragehof heeft intussen bij arrest 18/91 van 4 juli 1991 (*B. S.*, 22 augustus 1991, *R.W.*, 1991-92, 364; *J.T.*, 1991, 655; *T. Not.*, 1991, 481, noot K. Rimanque; *Rev. Not. B.*, 1992, 479; *J.L.M.B.*, 1991, 1102, noot D. Pire), op prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie (2 maart 1990) geoordeeld dat het overgangsrecht, zoals geregeld door art. 107, lid 1 van de afstammingswet, art. 6 en 6 bis van de Grondwet schendt in zoverre het toepasselijk is op nalatenschappen opengevallen vanaf 13 juni 1979 (datum van het Marckx-arrest).

Het E.H.R.M. ging in het arrest Vermeire van 29 november 1991 (*T. Not.*, 1991, 494, noot K. Rimanque) nog verder. Het kwam opnieuw tot de bevinding dat nalatenschappen die opengevallen zijn na 13 juni 1979 en waarin buitenechtelijke kinderen gerechtigd zijn, verdeeld moeten worden volgens het gelijkheidsbeginsel besloten in het arrest-Marckx. Hoven en rechtbanken moeten en moesten dit beginsel toepassen op nalatenschappen opengevallen tussen 13 juni 1979 en de inwerkingtreding van de nieuwe wet van 1987.

Het E.H.R.M. oordeelde bovendien dat zo deze gelijkheidsregel niet werd toegepast (en dat zou bv. het geval zijn zo bij de vereffening en verdeling toch nog rekening werd gehouden met art. 908) het buitenechtelijk geboren kind een materiële schade ondergaan heeft die overeenkomt met het deel dat het zou ontvangen hebben indien het „wettig'' zou geweest zijn, verminderd met de daarop verschuldigde successierechten en vermeerderd met de

vervallen interesten (over de preciese gevolgen van beide arresten, zie de geciteerde noten van K. Rimanque).

Intussen werd ook door het Hof van Cassatie (15 mei 1992, *R.W.*, 1992-93, 325) geoordeeld dat art. 756 B.W. in zover het in werking is gebleven voor nalatenschappen die zijn opengevallen vóór het van kracht worden van de Wet op de afstamming en na het arrest- Marckx, strijdig is met art. 6 en 6 bis van de grondwet (maar dus niet voor nalatenschappen die zijn opengevallen vóór het arrest-Marckx, Gent, 16 oktober 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 506, noot S. Melon).

Men mag aannemen dat een gelijkaardige overgangsregeling geldt t.a.v. de toepasselijkheid in de tijd van art. 908 B.W.

3) Het speciale geval van de rechtspersonen

a. Algemeen

51. Giften aan rechtspersonen kunnen slechts gevolg hebben voor zover daartoe machtiging wordt verleend door de Koning. Art. 910 B.W. verwoordt een algemeen beginsel dat van toepassing is op alle rechtspersonen (met onbaatzuchtig doel) ook op vreemde rechtspersonen, zo deze bevoordeeld werden in een nalatenschap die in België is opengevallen (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.* 1988, III, 40).

Nochtans worden op dit algemeen principe meer en meer uitzonderingen gemaakt. Zo werd in deze periode art. 910 B.W. gewijzigd bij art. 69 van de wet van 5 augustus 1992 houdende bepalingen betreffende O.C.M.W's (*B.S.*, 8 oktober 1992) in die zin dat openbare centra voor maatschappelijk welzijn niet langer gemachtigd dienen te worden om giften te aanvaarden maar de aanvaarding door de raad voor maatschappelijk welzijn van dat centrum volstaat.

Anderzijds werd door de wet van 18 juli 1991 het bedrag verhoogd tot beloop waarvan V.Z.W.'s en instellingen van openbaar nut giften van roerende goederen mogen aanvaarden zonder goedkeuring te moeten vragen. Het bedraagt nu 400.000 BF.

Art. 145, lid 2 van het decreet van de Vlaamse Raad van 12 juni 1991 bevestigt dat voor giften aan universiteiten geen goedkeuring nodig is (nu van de Vlaamse regering en in de praktijk van de Vlaamse minister die bevoegd is voor onderwijs) voor het aanvaarden van giften van roerende goederen, waarvan de waarde 1.000.000 BF niet overschrijdt en die niet met lasten bezwaard zijn.

b. Bevoegde overheid

52. Oorspronkelijk was de Koning dé bevoegde overheid (de instructie van het dossier en het opstellen van het koninklijk besluit werd sinds 1925 toevertrouwd aan het Ministerie van Justitie en meer specifiek aan het Bestuur van Erediensten, Giften, Legaten en Stichtingen). Deze exclusivi-

teit werd reeds geruime tijd afgebrokkeld via decentraliserende maatregelen maar zeker in het laatste decennium zijn ten gevolge van de regionalisering en de federalisering terzake belangrijke bevoegdheidswijzigingen opgetreden (zie hierover uitgebreid Coene, M. en Dujardin, J., „Commentaar bij art. 910 B.W''., nrs. 19 e.v. in *Commentaar E.S.T.*).

c. Kwalificatie van dit overheidstoezicht

— Algemeen

53. In de te bespreken periode kreeg het Hof van Cassatie opnieuw de gelegenheid zich uit te spreken over de kwalificatie van dit overheidstoezicht (Cass., 26 oktober 1987, *Pas.*, 1988, I, 217; *R.W.*, 1987-88, 1431; *R.C.J.B.*, 1992, 18, noot Raucent; ik verwijs naar mijn uitgebreide bespreking van dit arrest in „Het Hof van Cassatie en het overheidstoezicht bij giften aan rechtspersonen'' in Liber Amicorum Prof. em. E. Krings (275-286), 279 e.v.). Aanleiding was een betwisting over de vraag of de stad Oostende die bij testament tot algemeen legataris was aangesteld een vordering tot nietigverklaring kon instellen van een bijzonder legaat vooraleer zij (de toen nog vereiste) machtiging had verkregen door de Koning.

De plaats van art. 910 in het B.W. laat vermoeden dat er iets schort aan de bekwaamheid van de rechtspersonen giften te kunnen ontvangen. Maar eens te meer beklemtoont het hof dat dit niet het geval is.

Het stelt „dat de door art. 910 B.W. voorgeschreven machtiging door de Koning geen schorsende voorwaarde is waaraan, ofwel de bekwaamheid tot ontvangen door de rechtspersoon naar publiek recht ofwel het recht op het legaat onderworpen is; dat het hier enkel gaat om een bestuurlijke maatregel van toezicht of controle die los staat van de wil van de erflater en daarmee niets te maken heeft, waarvan het lot van de vrijgevigheid in laatste instantie wel zal afhangen, maar die geen ander doel heeft dan aan een akte met een wettige oorsprong de bekrachtiging te geven, zonder dewelke ze als niet bestaande moet beschouwd worden''.

Enigszins verrassend is dat het hof de intussen klassiek geworden definitie van haar terzake veel langere arrest van 9 mei 1946 (*Pas.*, 1946, I, 182 met conclusie van toenmalig advocaat-generaal Hayoit de Termicourt; *J.T.*, 1946, 569) niet herneemt, definitie die herhaald door de rechtsleer en zelfs door de Raad van State werd overgenomen (R.v.St., 13 april 1954, *J.T.*, 1954, noot J. De Gavere; zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 550, nr. 10). Toen definieerde dit hof dit overheidstoezicht als een soort exequatur dat niet tot doel had het bestaan of de geldigheid van het legaat te proclameren, want daarover kan de overheid niet oordelen, maar alleen de uitvoering van het legaat toe te laten en dit op grond van overwegingen vreemd aan de wil van de erflater (vgl. Rb. Leuven, 4 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 21).

— Machtiging of goedkeuring

54. Alhoewel het hof, net zoals in zijn vorige arresten (Cass., 22 april 1909,

Pas., 1909, I, 213 met advies Procureur-generaal Janssens; Cass., 9 mei 1946, gecit.) van „machtiging'' spreekt, zijn er nochtans aanwijzingen dat het van oordeel is dat het hier in feite om een „goedkeuring'' gaat. Het hof heeft het immers over „de bekrachtiging van een akte met een wettige oorsprong''. Wanneer een echte „machtiging'' vereist is moet de toezichthoudende overheid zich op voorhand uitspreken over de te nemen beslissing, die voordien niet eens kan genomen worden.

Bij „goedkeuring'' daarentegen kan de beslissing reeds vóór de controle door de toezichthoudende overheid genomen worden maar deze heeft slechts uitwerking zo de goedkeuring verleend wordt, met dien verstande dat deze de genomen beslissing bekrachtigt met terugwerkende kracht tot op de dag van de beslissing (Mast, A., Alen, A. en Dujardin, J., *Overzicht van Belgisch administratief recht*, 1989, nrs. 88-89).

Dat het volgens het hof om een „goedkeuring'' gaat, blijkt nog duidelijker uit de Franse versie van het arrest. De zinsnede „qui n'a d'autre objet que d'imprimer à un acte dont l'origine est légale la sanction sans laquelle il serait réputé non avenu'' is de letterlijke herhaling van wat procureur-generaal Janssens in zijn geciteerd advies als definitie gaf van de „goedkeuring''.

Dit is trouwens ook de opvatting van de moderne administratiefrechtelijke literatuur waarin bij voorkeur gesproken wordt over „goedkeuring'' van giften aan rechtspersonen (zie bv. Dujardin, J., *Administratief lexicon*, tw° Schenkingen en legaten aan openbare instellingen, Brugge, 1977; Putzeys, J. „Contentieux judiciaire et administratif des libéralités aux personnes de droit public'', in *Liber amicorum F. Dumon*, (945-956); zie ook reeds Lentz, H., *Des dons et des legs en faveur des établissements publics*, 1882, dl. I, nr. 24).

Dat dit overheidstoezicht beschouwd wordt als een goedkeuring heeft als practisch gevolg dat giften aan rechtspersonen wel door deze aanvaard kunnen worden vóór de goedkeuring. Deze aanvaarding heeft evenwel slechts gevolgen — maar dan met terugwerkende kracht — zo goedkeuring verleend wordt (zie hierover uitgebreid Coene en Dujardin, *o.c.*, nrs. 46 en 50 e.v.).

— Geen assimilatie met een opschortende voorwaarde

55. Veel duidelijker is het hof in zijn stellingname dat de overheidscontrole voorzien door art. 910 B.W. geen schorsende voorwaarde is, noch voor de bekwaamheid tot ontvangen noch voor het recht op het legaat.

Beide stellingen werden herhaald verdedigd en reeds op magistrale wijze afgewezen door Hayoit de Termicourt in zijn geciteerde conclusies vóór het arrest van 9 mei 1946, dat deze conclusies volledig bijtrad.

De assimilatie wordt nogaleens gemaakt omdat aan het al dan niet toekennen van goedkeuring gelijkaardige retroactieve gevolgen verbonden zijn als aan het al dan niet zich voordoen van de opschortende voorwaarde (zie hierover

Dieux, X., „Des effets de la tutelle d'approbation'', noot onder Cass., 5 juni 1981, *Adm. Publ.*, 1984, 155, nr. 14).

De gevestigde administratieve rechtsleer aanziet daarom een goedkeuring als een opschortende voorwaarde voor de uitvoering van de beslissing van de ondergeschikte overheid (Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, nrs. 157 e.v.; Dembour, *Les actes de la tutelle administrative en droit belge*, 1955, nrs. 67 e.v.; zie ook Herbots, J., noot onder Cass., 5 juni 1981, *R.C.J.B.*, 1983, 203, nr. 3) en het Hof van Cassatie zelf was recentelijk ook nog deze mening toegedaan (zie Cass., 5 juni 1981, *A.C.*, 1980-81, 1157; *R.W.*, 1981-82, 245; *R.C.J.B.*, 1983, 199, noot J. Herbots; *Adm. Publ.*, 1984, 145, noot X. Dieux; het betrof hier de goedkeuring die door de Bestendige Deputatie moest gehecht worden aan de beslissing van een gemeente een bouwopdracht te geven aan een aannemer).

56. In het te bespreken arrest van 1987 komt het hof blijkbaar op zijn houding van 1981 terug n.a.v. de overheidscontrole voorzien door art. 910 B.W. In de overweging dat deze maatregel van toezicht los staat van de wil van de erflater, moet wellicht de reden gevonden worden, waarom het hof de kwalificatie „voorwaarde'' afwijst (zie de meer moderne reden voor deze afwijzing bij Dieux, X., *o.c.*, nrs. 15 e.v.; zie ook Kruithof, R., „Overzicht van rechtspraak (1974-80). De verbintenissen'', dit tijdschrift, 1983, 697, nr. 192; Van Ommeslaghe, P., „Examen de jurisprudence (1968-1973). Les obligations'', *R.C.J.B.*, 1975, 654, nr. 89; Hannequart, Y., *Les novelles*, Droit civil, dl. IV, tw° La condition, nrs. 37 e.v.). Reeds in zijn arrest van 9 mei 1946 (gecit.) had het hof immers zeer expliciet gesteld dat het voorwaardelijk karakter van het legaat alleen het gevolg kan zijn van de wil van de erflater en niet kan afhangen van een eventuele administratieve maatregel.

57. Het hof had toen meteen even expliciet het belang van dit onderscheid aangegeven en beklemtoond dat de positie van de rechtspersoon, zolang dit fiat niet was gegeven, steviger was dan deze van een legataris onder opschortende voorwaarde, zolang deze zich niet had voorgedaan. Het hof zegde toen „que la condition suspend le droit au legs (art. 1040 Cc.) tandis que l'autorisation gouvernementale prévue à l'article 910 est seulement nécessaire pour permettre à ce droit existant dès le décès du testateur de produire son effet, c'est-à- dire de s'exercer en permettant au légataire de recueillir les biens légués. Que ces différences de fait et de droit s'opposent à l'assimilation que les demanderesses prétendent établir entre la condition suspensive affectant le droit au legs lui-même et le simple obstacle aux effets de ce droit, dérivant de l'art. 910 Cc.).

Deze overwegingen werden door het arrest van 1987 begrijpelijker wijze niet overgenomen. Het hof heeft immers intussen zijn houding t.a.v. de opschortende voorwaarde gewijzigd en wel in het reeds geciteerde arrest van 5 juni 1981. Sindsdien (zie ook de uitvoerige bespreking door R. Kruithof in het intussen gepubliceerde Overzicht van rechtspraak, Verbintenissenrecht

(1981-1992), dit tijdschrift, 1994, (171-721), 207 e.v.; zie ook Cass., 15 mei 1986, *R.C.J.B.*, 1990, 106, noot P. Gérard) neemt het hof aan dat ook in geval een overeenkomst onder opschortende voorwaarde wordt aangegaan, de overeenkomst bestaat zolang de voorwaarde hangende is en alleen de uitvoering van de daaruitvoortvloeiende verbintenissen opgeschort is, zodat het verschil pendente conditione tussen de begiftigde rechtspersoon en de legataris onder opschortende voorwaarde weggevallen is.

58. Het hof heeft zich in dat arrest van 1981 (inzake de toekenning van een bouwopdracht) — en dit voor de eerste keer — uitgesproken over wat de gevolgen zijn zo de opschortende voorwaarde niet vervuld wordt. De overeenkomst houdt op te bestaan en de voorwaardelijk aangegane verbintenis krijgt nooit uitvoering. De niet uitvoering van de voorwaarde brengt dus slechts het tenietgaan van de overeenkomst voor de toekomst teweeg, heeft m.a.w. geen terugwerkende kracht!

In zijn arrest van 1987 spreekt het hof zich ook voor het eerst uit over wat de gevolgen zijn van een weigering van goedkeuring aan een begiftigd rechtspersoon. Het hof zegt hier dat de vrijgevigheid in laatste instantie van deze goedkeuring afhangt „zonder de welke ze als niet bestaande moet beschouwd worden''. Dit is m.a.w. de klassieke sanctie bij het uitblijven van een administratieve goedkeuring. De akte van de ondergeschikte overheid wordt niet nietig of vernietigbaar, maar verdwijnt (Dembour, *o.c.*, nr. 73; Mast e.a., *o.c.*, nr. 88) wat neerkomt op de vroegere drastischere sanctie bij het niet vervullen van de voorwaarde, waar de overeenkomst geacht werd nooit te hebben bestaan. Dit is nu gezien de gewijzigde houding van het Hof van Cassatie t.a.v. de voorwaarde, de practische relevantie van de afwijzing van de assimilatie van deze goedkeuring met een voorwaarde.

59. Het arrest van 1987 ligt dan volledig in de lijn van dat van 1946 met zijn zelfstandige omschrijving van de overheidscontrole, waarbij geweigerd wordt deze administratieve maatregel onder te brengen onder een gekend civielrechtelijk begrip. In 1946 werd vooral het onderscheid goedkeuring-opschortende voorwaarde pendente conditione benadrukt, omdat daar toen de grote verschilpunten lagen. In 1987 is er een verschil wanneer de onzekere toekomstige gebeurtenis zich niet voordoet.

Dit leidt tot het verrassende besluit dat het afwijzen van de assimilatie goedkeuring voorwaarde nu in tegenstelling tot in 1946 in het nadeel speelt van de begiftigde rechtspersoon. Maar dit is niet te wijten aan een gewijzigde houding van het hof t.a.v. dit overheidstoezicht, maar wel aan zijn gewijzigde houding t.a.v. de invloed van de opschortende voorwaarde.

(Dat het hof wil aansluiten bij zijn standpunt van 1946 bleek reeds onrechtstreeks uit de lectuur van de commentaar die raadsheer Sace voordien wijdde aan art. 910 B.W. in de eerste uitgave in de Répertoire notarial (tw° Les testaments (le fond); zie vooral nr. 76). Hij was de raadsheer-rapporteur in deze zaak en de passage van het arrest i.v.m. art. 910 B.W. is terdege

geïnspireerd door zijn commentaar in de Répertoire notarial. In de tweede uitgave bevestigt hij trouwens dat het Hof van Cassatie zich in dit arrest van 87 inspireerde op de vroegere rechtspraak.)

d. Rechtspositie van de begunstigde rechtspersoon vóór het verlenen van de goedkeuring

60. De conclusie van het hof t.a.v. de rechtspositie van de begiftigde vóór goedkeuring gegeven werd ligt uiteraard dan ook in de lijn van zijn vroegere rechtspraak. De legataris kan alle rechten verbonden aan zijn legaat reeds vóór de goedkeuring uitoefenen en in casu dus de nietigheid vorderen van een bijzonder legaat, dat hij als algemeen legataris zal moeten uitkeren, zo hij goedkeuring verkrijgt. Het hof preciseert wel uitdrukkelijker dan vroeger dat dit ten bewarende titel gebeurt, een logisch gevolg nu het ook benadrukt heeft dat bij gebreke aan goedkeuring de vrijgevigheid als niet bestaande moet beschouwd worden.

De begunstigde rechtspersoon kan dan ook reeds in rechte optreden tot interpretatie van het testament teneinde zijn aanspraken bevestigd te zien (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 40). Trouwens zolang de aanspraken van de legataris betwist zijn, zal de overheid weigeren goedkeuring te verlenen tot de burgerlijke rechtbank, die in deze alleen bevoegd is, zijn recht op de gift bevestigd heeft.

De rechtspersoon kan de goederen nog niet effectief in bezit nemen en ze beheren. Door de voorzitter van de rechtbank van Brugge (27 augustus 1990, *T. Not.*, 1991, 23) werd daarom, in een geval dat hij spoedeisend achtte en ter vrijwaring van de rechten van de bijzondere en algemene legatarissen, een voorlopig beheerder aangesteld die het beheer van de nalatenschap zou waarnemen tot de drie rechtspersonen die tot algemene legatarissen waren aangesteld, goedkeuring hadden gekregen dit legaat te aanvaarden.

e. Kunnen na goedkeuring de aanspraken van de legataris nog betwist worden?

61. De overheid spreekt zich uit over de vraag of er geen administratief beletsel is voor de verzoekende rechtspersoon om het legaat op te nemen, niet over de vraag of deze rechtspersoon civielrechtelijk aanspraak kan maken op het legaat.

Of dit inderdaad het geval is kan nog na het verlenen van de goedkeuring voor de burgerlijke rechtbank worden aangevochten, die de enige bevoegde instantie is om dit geschil te beslechten (Cass., 9 mei 1946, *Pas.*, 1946, I, 182).

De rechtbank van Turnhout (16 februari 1990, A.R. nr. 60.660, onuitgegeven) achtte zich dan ook terecht bevoegd om na te gaan of het plaatselijke O.C.M.W. dat destijds goedkeuring had verkregen om een legaat te aanvaarden „voor de weeskinderen van de gemeente Lichtaart'' hierop inderdaad aanspraak kon maken.

Ze kwam tot het enigszins verrassend besluit dat dit niet het geval was (zie hierover verder nr. 344). Dit had tot gevolg dat het goedkeurend K.B. geen voorwerp meer had (Luik, 22 mei 1968, *J.L.*, 1968-69, 66; *Pas.*, 1968, II, 226; *Rev. Prat. Not.*, 1970, 43; Putzeys, „Contentieux judiciaire et administratif des libéralités aux personnes de droit public'' in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, (845-856) nr. 19; Puelinckx-Coene, M., „De legataris, soorten, kenmerken, vereisten'' in *De legatarissen en hun legaat*, gecit., 26 en Coene en Dujardin, „Commentaar bij artikel 910 B.W.'' in *Comm. Erf*, nr. 7).

AFDELING 3

DE OORZAAK

In de te bespreken periode werden een aantal belangrijke cassatie-arresten geveld, die van groot belang zijn voor het leerstuk van de oorzaak der giften.

§ 1. Definitie

62. Nadat het Hof van Cassatie in de vorige periode (Cass., 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 326, noot P. Van Ommeslaghe, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1971, 407, nr. 21512; Cass., 5 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 268, *R.W.*, 1977-78, 440, noot H. Tielemans; *R.C.J.B.*, 1979, 131, noot M. Van Quickenborne; zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 551, nr. 12 en 632, nr. 131; zie ook R. Kruithof, „Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen, dit tijdschrift, 1983, 581, nr. 81) herhaald beklemtoond had dat elke rechtshandeling, ook een eenzijdige, een oorzaak moet hebben (tenzij de uitzonderingen uitdrukkelijk bij wet voorzien) en zich zodoende resoluut causalistisch had opgesteld, omschrijft het hof nu inzake giften expliciet wat onder deze oorzaak moet begrepen worden. De oorzaak, zegt het hof, ligt niet uitsluitend in het begiftigingsoogmerk van de schenker, maar in de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem heeft voorgezeten en die hem er toe heeft gebracht die gift of schenking te doen (Cass., 16 november 1989, *Pas.*, 1990, I, 331; *J.L.M.B.*, 1990, 1190; *J.T.*, 1991, 211; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 248, nr. 23986; *Rev. Not. B.*, 1990, 240; *T.B.B.R.*, 1990, 294; *R.W.*, 1989-90, 1259 *Ann. Dr. Liège*, 1990, 334, noot P. Delnoy; en de bespreking door Raucent, L., „Objet et cause des libéralités: les arrêts de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 et du 15 novembre 1990'', in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine, vol. XV, 29-38; zie hierover ook verder nrs. 87 e.v.).

63. Daarmee werd door het hof afgewezen dat aan het begrip oorzaak een dubbele betekenis moet gegeven worden en een onderscheid gemaakt tussen de „interne of objectieve'' oorzaak en de „externe of subjectieve'' oorzaak. Met de interne oorzaak werd het onmiddellijk doel of de bestaansreden van de rechtshandeling bedoeld, voor een gift is dat de animus donandi, het

begiftigingsoogmerk (dat dus nooit ongeoorloofd is). Met deze oorzaak zou rekening moeten gehouden worden bij het nagaan van het bestaan van de oorzaak of het bepalen van de valse oorzaak.

Met de externe oorzaak bedoelde men de achterliggende persoonlijke beweegredenen, het nagestreefde doel; deze zouden moeten beoordeeld worden om na te gaan of de oorzaak geoorloofd is of niet (in die zin nog Gent, 15 januari 1991, *R.W.*, 1991-92, 467; zie hierover uitgebreid Vandenberghe, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, Leuven, 1970, 125 e.v. met overvloedige verwijzingen; Van Gerven, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, nr. 107 en in deze periode De Laet, P., Desmet, V. en Marteau, H., „De oorzaak van de schenking en het probleem van de schenking tussen concubinerenden'', *Jura. Falc.*, 1986-87, (118-139)).

Het Hof van Cassatie leidt hier immers uit het verdwijnen van de determinerende beweegredenen af dat de oorzaak voor de gift vervallen is (zie hierover verder nrs. 87 e.v.).

Dat dergelijk onderscheid afgewezen moet worden, werd reeds aangekondigd in het cassatiearrest van 13 november 1969 (gecit.) en meesterlijk aangetoond in de commentaren van Van Ommeslaghe (*o.c.*, nr. 10) en van Kruithof (*o.c.*, nr. 81; zie ook Foriers, P.A., „L'objet et la cause du contrat'' in *Les obligations contractuelles*, 1984, 138 e.v.; Van Oevelen, A. en Dirix, E., „Kroniek verbintenissenrecht'', *R.W.*, 1985-86, 85; zie reeds Hamel, J., *La notion de cause dans les libéralités*, proefschr., Parijs, 1920, 143 e.v., 228 e.v.; vgl. De Page, VIII/I, nrs 249-50).

§ 2. De ongeoorloofde oorzaaak

1) Definitie

64. Dat met de determinerende beweegredenen die de beschikker er toe hebben aangezet de gift te doen, rekening moet gehouden worden, wordt reeds lang aanvaard wanneer moet nagegaan worden of een gift een ongeoorloofde oorzaak heeft (zie bv. De Page, VIII, nr. 251; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 551, nr. 12), d.w.z. een oorzaak die strijdig is met de openbare orde of de goede zeden.

Bovendien wordt nu ook meer en meer aangenomen dat deze principes ook gelden inzake handelingen ten bezwarende titel (zie voor deze periode bv. Luik, 27 april 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1564; Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1429, noot P.H.; Rb. Nijvel, 6 februari 1990, *T.B.B.R.*, 1990, 365; zie ook Dabin, „Cause illicite en matière de donations entre les concubins'', *R.C.J.B.*, 1954, 7; Kruithof, *o.c.*, nr. 83; Jeanmart, N., *Les effets de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, 1986, 44; Van Ommeslaghe, *o.c.*, nr. 8). Maar daar is wel de vraag in welke mate dit determinerend ongeoorloofd motief gemeenschappelijk moet zijn aan beide

partijen (men spreekt van „être entré dans le champ contractuel''), wil men de overeenkomst nietig kunnen verklaren.

Inzake giften is het voldoende dat één partij (diegene die zich verarmt) ongeoorloofde bedoelingen heeft (zie Van Ommeslaghe, *o.c.*, nr. 9).

Het zijn de beweegredenen van de schenker/testator en niet de gevoelens van de begiftigde die bepalen of de gift een ongeoorloofde oorzaak heeft of niet (Antwerpen, 27 februari 1987, *Pas.*, 1989, II, 219).

2) Giften aan een bijzit

a. Inleiding

65. Het meest voorkomende geval waarbij het ongeoorloofde van de oorzaak wordt opgeworpen, zijn de giften aan een bijzit. Vandaag is vooral de vraag aan de orde of een man en een vrouw, die een feitelijk gezin vormen, in staat zijn aan mekaar geldig een gift te doen.

Naar het einde toe van de te bespreken periode is een spectaculaire ommekeer te signaleren in de houding van ons hoogste hof inzake de waardering van het concubinaat (zie verder nr. 72). Toch lijkt het aangewezen hier eerst nog de traditionele principes terzake uiteen te zetten, omdat ze in deze periode toch nog overvloedig aan bod kwamen en blijven komen, zelfs na de ommekeer van het Hof van Cassatie (zie bv. Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147).

b. De traditionele principes terzake

66. Deze zijn meer dan bekend; ze werden voordien herhaaldelijk door het Hof van Cassatie gepreciseerd (Cass., 13 november 1953, *J.T.*, 1954, 167, noot Spilman; *Pas.*, 1954, I, 190; *R.W.*, 1953-54, 1711; *R.C.J.B.*, 1954, 5, noot Dabin; Cass., 19 januari 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 686; *Pas.*, 1968, I, 640; Cass., 5 februari 1970, *Pas.*, 1970, I, 484, noot W.G.; *J.T.*, 1970, 278; *Rev. Not. B.*, 1970, 181; Cass., 26 november 1970, *Pas.*, 1971, I, 273; Cass., 23 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1996; *Pas.*, 1977, I, 1083; *J.T.*, 1978, 83; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, 254, nr. 22.25, en de besprekingen in dit tijdschrift, 1965, 605; 1970, 296 en 1985, 551), en werden ook in deze periode stelselmatig herhaald.

Gezel en bijzit zijn sinds 1804 niet (langer) onbekwaam mekaar te begiftigen (art. 902 B.W.; Luik, 27 april 1987, gecit.; Rb. Brugge, 12 november 1987, *T. Not.*, 1988, 166; *R.W.*, 1988-89, 547; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 231, nr. 23982; Brussel, 18 april 1990, *J.T.*, 1991, 176). Wel zal de gift tussen een man en een vrouw die buiten het huwelijk geslachtsbetrekkingen onderhouden nietig zijn indien bewezen wordt dat één (en slechts één) van de doorslaggevende beweegredenen bij de begunstiging er in zou bestaan deze ongeoorloofde betrekkingen te doen ontstaan, in stand te houden of te vergoeden (Bergen, 10 januari 1984, *Pas.*, 1984, II, 89; *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 271; *Rev. Not. B.*, 1984, 284; *Rec. Gén. Not. Enr.*, 1987, 237, nr. 23725; Rb. Brussel, 9 oktober 1986, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 504; Antwerpen, 5

januari 1987; *Rev. Not. B.*, 1988, 247; Luik, 27 april 1987, gecit.; Rb. Brugge, 12 november 1987, gecit.; Antwerpen, 27 februari 1989, *Pas.*, 1989, II, 219; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 35, nr. 23931; Rb. Luik, 14 mei 1990, *J.T.*, 1991, 179; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 241, nr. 23984; *Rev. Not. B.*, 1992, 210, noot De Busschere; Gent, 15 januari 1991, *R.W.*, 1991-92, 467; Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147).

67. Er moest dus een dubbel bewijs geleverd worden.

Eerst en vooral moest aangetoond worden dat schenker en de begiftigde sexuele omgang hadden. Aantonen van loutere genegenheidsbetrekkingen (Antwerpen, 5 januari 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 247) of dat beiden in hetzelfde huis woonden (Antwerpen, 10 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 551; zie nochtans Brussel, 7 december 1963, *Pas.*, 1964, II, 47; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1963, 386) volstond niet.

Ten tweede moest bewezen worden dat de gift tot determinerend doel had de (sexuele) ongeoorloofde betrekkingen te doen ontstaan, in stand te houden of te vergoeden.

68. Vroeger werd quasi automatisch aanvaard dat eens de sexuele omgang bewezen was, meteen ook bewezen was — of althans een feitelijk vermoeden geschapen werd — dat de schenker/testator door zijn vrijgevigheid de relatie wilde bestendigen of vergoeden (Vandenberghe, *o.c.*, 134 e.v.; Jeanmart, N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, 1986, 105) wat eigenlijk leidde tot onbekwaamheid (Luik, 27 april 1987, gecit.; De Page, VIII, nr. 256; Vandenberghe, *o.c.*, 132).

Opvallend is dat over de ganse te bespreken periode door de rechtspraak quasi unaniem een daadwerkelijk tweevoudig bewijs vereist werd (Antwerpen, 3 oktober 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 155; Rb. Brussel, 9 oktober 1986, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1987, 504; Antwerpen, 5 januari 1987, gecit.; Luik 27 april 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1564; Rb. Brugge, 12 november 1987, gecit.; Antwerpen, 27 februari 1989, gecit.; Rb. Luik, 14 mei 1990, *J.T.*, 1991, 179; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 241, nr. 23.984; Rb. Luik, 30 oktober 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 149; Brussel, 18 april 1990, *J.T.*, 1991, 176; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 239, nr. 23983).

Er werd zelfs met zoveel woorden gesteld dat het loutere bewijs van het samenwonen of van de ongeoorloofde betrekkingen niet volstaat om de ongeoorloofde oorzaak aan te tonen (Rb. Doornik, 11 april 1984, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 73, nr. 23149; Antwerpen, 5 januari 1987, gecit.; Antwerpen, 10 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 551; zie reeds Cass., 19 januari 1968, gecit.; zie ook Aanbeveling nr. R(88) 3 van 7 maart 1988 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake de geldigheid van overeenkomsten tussen personen die samenleven als een ongehuwd paar en hun laatste wilsbeschikkingen), of een feitelijk vermoeden in die zin te doen ontstaan, dat alleen door het bewijs van exclusief geoorloofde determinerende motieven kan weerlegd worden (Luik, 27 april 1987, gecit.; Rb. Luik,

14 mei 1990, gecit. (in casu ging het zelfs om een overspelige relatie); Jeanmart, *Répertoire notarial. Matières diverses*, I, tw° concubinage, 29; zie nochtans Luik, 19 mei 1982, *Rev. Not. B.*, 1985, 275, noot F. Delobbe en Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147).

69. Maar welk verband tussen de gift en de buitenechtelijke relatie moest er precies bewezen worden? Dit is in feite het basisprobleem en de meningen terzake zijn verdeeld en het onderscheid blijft ook na de nieuwe cassatierechtspraak van belang.

In een eerste opvatting moest aangetoond worden dat de schenker de begiftigde er met zijn gift wilde toe aanzetten met hem geslachtsverkeer te hebben of te blijven hebben of dat hij deze hiervoor wilde belonen of vergoeden m.a.w. „la volonté de payer le salaire d'un commerce immoral et d'en assurer la continuation'' (Cass., 14 mei 1903; *Pas.*, 1903, I, 216).

In dat geval is de gift een „pretium stupri'' en wordt, zoals Heyvaert zegt („Het concubinaat in de burgerechtelijke praktijk'' in *Commentaar personenrecht*, V, 8), de seksualiteit, zoals in de prostitutie, als prestatie en ruilwaar behandeld.

Dergelijke giften zijn trouwens geen echte handelingen om niet maar rechtshandelingen ten bezwarende titel met een ongeoorloofd voorwerp: de menselijke persoon (Spilman, *o.c.*, *J.T.*, 1954, 168; De Page, VIII, nr. 256; vgl. Vandenberghe, *o.c.*, 156).

Geheel in die lijn wordt door het hof van Brussel (18 april 1990, gecit.) een testament nietig verklaard omdat bewezen was dat inderdaad dergelijke laakbare bedoeling bij de testator voorzat, niet — zegt het hof — om het concubinaat op het patrimoniale vlak te sanctioneren, maar om er over te waken dat de menselijke persoon geen koopwaar wordt.

De rechtbank van Luik (19 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 620) spreekt in een geval waar een oude man zich nogal gul had betoond t.a.v. een jonge barmeid van „le prix d'achat de ses complaisances et la rémunération de sa gentillesse professionelle''.

70. Anderen (zie o.a. Dabin, *o.c.*, 13; Renauld, J., noot onder Brussel, 10 januari 1962, *J.T.*, 1963, 208) vinden dit een veel te enge benadering.

Volgens hen is het voldoende dat de gift ten dienste staat of in functie gebeurt van de ongeoorloofde verhouding. Dit is heel wat ruimer, want zelfs al kan men dan aantonen dat de gift uit genegenheid, uit erkentelijkheid of ter vergoeding van andere diensten gebeurde dan nog zullen deze gevoelens meestal hun oorsprong vinden, of onlosmakelijk verbonden zijn met de buitenechtelijke relatie zodat, hoe dan ook, deze verhouding een determinerend motief geweest is bij het doen van de gift (Luik, 19 mei 1982., *Rev. Not. B.*, 1985, 275, noot F. Delobbe, maar ook nog Luik, 23 april 1991, gecit.). Daar bovendien één ongeoorloofd determinerend motief voldoende is, wordt het irrelevant of de erflater ook door geoorloofde gevoelens was bezield

(Antwerpen, 27 februari 1989, gecit.). We staan hier opnieuw dicht bij de onbekwaamheid (zie de weerlegging van deze opwerping door Luik, 23 april 1991, gecit.).

71. In dergelijke brede en repressieve interpretatie kan de gift meestal slechts gered worden als de sexuele relatie zelf tussen schenker en begiftigde niet als ongeoorloofd beschouwd wordt.

Hier is dan de evolutie in de maatschappelijke waardering van het concubinaat of van het feitelijk gezin — want hierom gaat het meestal — van groot belang. Ongehuwd samenwonen kan nog moeilijk als een echt deviant gedrag beschouwd worden (zie hierover Hubeau, B., *Ongehuwd samenwonen*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985; Rb. Gent, 8 september 1992, *T.G.R.*, 1992, 143) en dit heeft sporen nagelaten in de rechtspraak.

c. Het nieuwe standpunt van het Hof van Cassatie

72. Er was de spectaculaire ommekeer door het cassatiearrest van 26 juni 1967 (*R.W.*, 1967-68, 786; *R.G.A.R.*, 1968, nr. 8002 en 1969, nr. 8158). Sindsdien wordt aangenomen dat de feitenrechter in feite kan vaststellen dat de band die tussen ongehuwd samenlevenden bestaat niet strijdig is met de openbare orde en de goede zeden (Baeteman, e.a., „Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht'', dit tijdschrift, 1981, 788, nr. 45; Vandenberghe, *o.c.*, nr. 35; Heyvaert, A., *o.c.*, in *Commentaar personenrecht*, 7).

In die lijn werd door de rechtbank van Brugge (12 november 1987, gecit.) een testament van een man ten voordele van zijn concubine geldig verklaard, omdat hun concubinaatsverhouding niet als ongeoorloofd kon aangezien worden (vgl. Rb. Brussel, 9 oktober 1986, gecit.).

Na de al even spectaculaire cassatiearresten van 1 februari 1989 (*J.T.*, 1989, 354; *R.W.*, 1990-91, 83; *Pas.*, 1989, I, 585 met advies advocaaat-generaal Declercq) en 15 februari 1990 (*J.T.*, 1990, 216; *R.W.*, 1990-91, 339; beiden ook gepubliceerd in *Not. Fisc. M.*, 1991, 114, noot J. Gerlo; zie ook de bespreking van Meulders-Klein, M.T., „Propos sur le mariage'', in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, 1991, (247-264), 254) kan zelfs niet langer beweerd worden dat het overspelig concubinaat een „objectief onrechtmatige toestand'' is (term gebruikt door advocaat-generaal R. Declercq). Door het Hof werd nu aanvaard dat „degene die aansprakelijk is voor het doden van de bijzit, zich niet kan beroepen op het ongeoorloofde karakter van een overspel, dat wil zeggen van een feitelijke toestand die het privéleven van de tegenpartij raakt, die thans niet meer onder toepasssing valt van de strafwet, en die ... alleen de echtgenote van de getroffene kan aanvoeren bij een eventuele rechtsvordering tot echtscheiding''.

Dient dan meteen te worden aangenomen dat de erfgenamen het ongeoorloofde van het overspelig concubinaat niet langer kunnen inroepen om de geldigheid van een gift tussen de samenwonenden aan te vechten? In de rechtsleer oordeelt men logischerwijze van wel (Senaeve, P., „Overeen-

komsten tussen en met samenlevende personen'', in *De overeenkomst vandaag en morgen*, 1990, (413-453), 423; Pintens, W., „Vrijgevigheden tussen concubanten'' in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, Leuven, 1992).

Alhoewel het overspelig concubinaat ongeoorloofd blijft, vermits het indruist tegen de openbare orde, kan dit alleen in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten worden ingeroepen. Uit deze rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt bovendien ook afgeleid dat het gewone concubinaat niet meer in strijd is met de openbare orde en de goede zeden, omdat er geen bedrogen echtgenoot bestaat (Senaeve, P., „De rechtswaardering van het concubinaat anno 1992'' in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, Leuven 1992, 7; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 893 B.W.'', nr. 38 in *Comm. Erf.*, gecit.).

In de lagere rechtspraak sijpelt de nieuwe leer langzaam door (zie bv. reeds Rb. Luik, 14 mei 1990, *J.T.*, 1991, 179; *Rev. Not. B.*, 1992, 210 en Rb. Gent, 8 september 1992, *T.G.R.*, 1992, 143).

73. Maar dit alles heeft alleen belang bij een brede repressieve interpretatie van de (vroegere) cassatieregel (vgl. Gerlo, *o.c.*, *Not. Fisc. M.*, 1991, 121). Zo men aanneemt dat alleen giften die een werkelijke „pretium stupri'' uitmaken gesanctioneerd moeten worden, dan blijft deze regel gelden, wat ook de gewijzigde maatschappelijke opvatting weze over het overspel (zie reeds in Frankrijk, waar een gelijkaardige evolutie zich vroeger voordeed, de Bois-Juzan, *De la cause en droit français*, Bordeaux, 1939, 361 e.v., 545 en 592; Esmein, „Le problème de l'union libre'', *Rev. Tr. Dr. Civ.*, 1935, 768). In die opvatting is het trouwens onbelangrijk of de buitenechtelijke relatie overspelig is of niet!

74. Deze grondslag voor vernietiging wordt al evenmin aangetast door de Marckxinterpretatie van het E.V.R.M. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven houdt vanzelfsprekend niet het recht in om tegen betaling sexuele omgang te hebben (Heyvaert, A. en Willekens, H., *Beginselen van het gezins-en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, 1981, nr. 72).

75. Bovendien blijven schenkingen door de overspelige partner eventueel aanvechtbaar in de voorwaarden voorzien door art. 224, 3° en 1422 B.W. en kan de bedrogen echtgenoot tegen alle giften haar reservataire aanspraken inroepen, voor zo ver althans deze niet in toepassing van art. 915 bis B.W. en art. 1287, lid 2 Ger. W. (zie verder nrs. 408 e.v.) zijn uitgeschakeld.

d. Bewijs

76. Wordt betwist of een schenking door de erflater aan zijn concubine werd gedaan, dan rust de bewijslast op de erfgenamen en daar zij optreden als rechtsopvolgers van de schenker, geldt het gemene recht van art. 1341 B.W.

(Bergen, 10 januari 1984, *Pas.*, 1984, II, 89; *Rev. Not. B.*, 1984, 284; *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 271; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 237).

Wie beweert dat er sexuele omgang was en dat een van de determinerende motieven voor de gift ongeoorloofd was, moet dit bewijzen (Antwerpen, 27 februari 1989, *Pas.*, 1989, II, 219; Brussel, 18 april 1990, *J.T.*, 1991, 176; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 239, nr. 23983). Dit zijn rechtsfeiten, die met alle middelen van recht kunnen bewezen worden, vermoedens inbegrepen (Antwerpen, 27 februari 1987, gecit.; Luik, 27 april 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1564; Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147). Het is niet nodig dat de motieven zouden blijken uit de schenking of het testament zelf .

77. Slagen de eisers niet in hun bewijs, dan moet de rechter de gift geldig verklaren.

De rechter staat dus voor de bijzonder zware taak uit te maken wat er zich precies in het gemoed van de intussen veelal overleden persoon heeft afgespeeld. Hij beschikt dus over een aanzienlijke macht. Zoals gebleken is, is zijn beoordeling onvermijdelijk subjectief, in die zin dat ze noodzakelijkerwijze beïnvloed wordt door de mentaliteit van zijn omgeving.

Toch blijken traditioneel volgende elementen in de beoordeling een rol te spelen: de leeftijd van de samenwoners, het eventuele leeftijdsverschil, het ogenblik van de gift, de omvang en de vorm ervan (zie de nuanceringen bij Hubeau, *o.c.*, nr. 4.2.2.3; zie ook de opsomming bij De Wulf, C., „Notariële actualiteit. Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van aanwas en tontine'' in *Notariële actualiteit. Juridische informatiedag voor het notariaat. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Gent, 1991, 52).

Er werd reeds herhaald aangetoond dat al naargelang de vorm van de buitenechtelijke relatie de rechter al vlugger het determinerend ongeoorloofd motief voor bewezen houdt (Vandenberghe, *o.c.*, 135 e.v.; Heyvaert, *o.c.*, *Commentaar personenrecht*, 48; Gerlo, *o.c.*, 123; Jeanmart, *o.c.*, 1986, 106; vgl. Rb. Gent, 8 september 1992, *T.G.R.*, 1992, 143).

Bij een echte maîtresse-amant verhouding geraakte bv. de rechter bijna steeds overtuigd (zie nog Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147, waar het hof zelfs toegeeft dat het legaat gebeurde ter vergoeding van alles wat hun geregeld samenzijn voor de erflater had betekend maar dus ook ter vergoeding van hun sexuele relatie).

In de te bespreken periode werd nochtans een legaat van een lijfrente geldig verklaard, die een oudere en zieke man na het overlijden van zijn vrouw had vermaakt aan zijn vroegere jonge maîtresse die op het eind van zijn leven bij hem was komen wonen en hem had verzorgd (Antwerpen, 3 oktober 1984, gecit.).

78. Giften tussen personen die in een overspelig concubinaat leefden bleven ook in deze periode vooral door de beroepshoven met grotere strengheid bejegend (Luik, 19 mei 1982, gecit.; Bergen, 10 januari 1984, gecit.; Gent,

15 januari 1991; *R.W.*, 1991-92, 467; Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147) alhoewel soms ook hier reeds gewezen werd op de evolutie van de zeden en het depenaliseren van het overspel (Rb. Luik, 30 oktober 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 149, waar ook de trouwplannen van de samenwonenden in de overweging meespeelden; zie vooral Rb. Luik, 14 mei 1990, *J.T.*, 1991, 179; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 241, nr. 23984: *Rev. Not. B.*, 1992, 210, noot De Busschere; Rb. Gent, 8 september 1992, gecit.).

Uitzondering op deze strenge houding vormt een recent arrest van het hof van beroep van Antwerpen (12 februari 1992, A.R. 2416/88, niet gepubl.) dat het trouwens niet eens nodig vond aan te halen dat de buitenhuwelijkse relatie overspelig was. Het was bovendien vrij vlug overtuigd van het niet ongeoorloofd karakter van het legaat aan de overspelige bijzit. Het feit dat het testament werd opgemaakt nadat de overspelige relatie reeds zeven jaar duurde was volgens het hof een voldoende aanduiding dat dit niet gebeurde met de bedoeling de ongeoorloofde betrekkingen te doen ontstaan. Nu vaststond dat de partners reeds gedurende jaren een quasi echtelijk leven leidden en uit niets bleek dat de bijzit zinnens was geweest vóór het opstellen van het testament de erflater te verlaten, was volgens het hof ook niet bewezen dat het testament werd gemaakt om de relatie in stand te houden. Bovendien werd niet bewezen dat het legaat het belonen van de betrekkingen beoogde, zodat de echtgenote en de kinderen gefaald hadden in het te leveren bewijs.

79. De regel is inderdaad, zoals gezegd, dat een ongeoorloofd motief moet bewezen worden om de gift nietig te kunnen verklaren, zonder dat bovendien moet bewezen worden welke determinerende geoorloofde beweegreden de gift geïnspireerd heeft. Toch werd in de rechtspraak van deze periode meer en meer aandacht besteed aan mogelijke geoorloofde motieven en werd ook meer om meer aangenomen dat personen die een buitenechtelijke relatie hebben, ook bezield kunnen zijn door edelmoedige gevoelens van eerlijke genegenheid, erkentelijkheid, zorg voor later en andere dan louter sexuele banden kunnen aanwezig zijn die de determinerende oorzaak waren van de betwiste gift (Antwerpen, 5 januari 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 247; Rb. Gent, 8 september 1992, *T.G.R.*, 1992, 143; zie nochtans Luik, 23 april 1991, gecit.).

De rechtbank van Doornik (11 april 1984, gecit.) spreekt zelfs van „l'affection légitime que se portaient les concubins''. Het is een blijk te meer van de steeds tolerantere houding van de rechtspraak tegenover het feitelijk gezin.

Het viel me op dat in het boekje van De Bruyne e.a., *De rechten van samenwoners*, Epo, 1990, de mogelijkheid van schenkingen en legaten tussen samenwoners wordt vermeld, zonder dat men het nog nodig acht er voor te waarschuwen dat deze op grond van een ongeoorloofde oorzaak zouden kunnen aangevochten worden.

e. Invloed van het E.V.R.M.

80. Aan de recente tolerante opstelling van de rechtspraak is de invloed van het Hof van Straatsburg en de gewijzigde houding van de wetgever in deze periode t.a.v. buitenechtelijke kinderen zeker niet vreemd (zie Rb. Brugge, 12 november 1987, gecit., dat ook spreekt van een natuurlijke verbintenis tot het verschaffen van onderhoud; vgl. Rb. Gent, 8 september 1992, *T.G.R.*, 1992, 143).

Wel moet gepreciseerd worden dat het Hof van Straatsburg anderzijds toch van oordeel was dat met betrekking tot de positieve verplichtingen die uit art. 8 E.V.R.M. (verplichting tot eerbiediging van het familieleven) voor een lidstaat kunnen voortvloeien, geen verplichting voor de lidstaten kan afgeleid worden voor ongehuwde paren een analoog statuut uit te werken als voor gehuwde echtparen (arrest Johnston, 17 december 1986, Série A., nr. 112, § 68).

81. Daar de beleving van de sexualiteit beschouwd wordt als een van de meest intieme aspecten van het privé-leven (E.H.R.M., 22 oktober 1981, zaak Dudgeon, Série A, nr. 45, § 41 en 52; Kusters, F., „Rechtstoestand van concubinerenden en de mensenrechten'', *Jura Falc.*, 1984-85, (296-317), 298), wordt door een auteur voorgehouden dat men een inbreuk op het privé-leven pleegt door van het al dan niet bestaan van sexuele omgang een criterium van toelaatbaarheid te maken. De eerbiediging van het privé-leven wordt immers gewaarborgd door art. 8.1 van het E.V.R.M., wat het verbod impliceert voor de overheid en voor de particulieren zich hierin te mengen (art. 8.2. E.V.R.M.; zie Heyvaert, A., „Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk'', *T.P.R.*, 1985, (21-86), nr. 94 e.v.).

Dit argument werd blijkbaar opgeworpen voor het hof van Brussel (18 april 1990, gecit.) dat hierop alleen antwoordt dat artikel 8.2 E.V.R.M. zelf deze „inmenging'' van de overheid in de uitoefening van dat recht toelaat voor zover ze bij wet is voorzien en voor zover deze in een democratische samenleving nodig is o.a. ter bescherming van de gezondheid en de goede zeden. Maar door deze auteur werd precies (en reeds vóór het depenaliseren van het overspel en de gewijzigde houding van het Hof van Cassatie t.a.v. het overspelig concubinaat) in vraag gesteld of deze beide voorwaarden in casu vervuld waren! Er weze verwezen naar zijn omstandige uiteenzetting.

f. Toepassingsveld

82. Alle giften tussen concubinerenden die ingegeven zijn door een ongeoorloofde oorzaak komen voor nietigverklaring in aanmerking, ook onrechtstreekse schenkingen via een beding ten behoeve van derden (Gent, 15 januari 1991, gecit.).

Gaat het om een levensverzekering afgesloten t.v.v. de concubine dan treft in de regel de nietigheid alleen de aanduiding van de beneficiaris en niet het levensverzekeringscontract in zijn geheel (Bergen, 10 januari 1984, gecit.;

Rb. Brussel, 27 juni 1968, *Pas.*, 1969, III, 45; Luik, 27 april 1977, *J.L.*, 1977-78, 89; Ernault, J., *Droit de l'assurance vie*, Brussel, 1987, nr. 186, 4°; Heyvaert, A., „Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk, dit tijdschrift, 1985, 73, nr. 88).

Zo oorspronkelijk de echtgenote als beneficiaris werd aangeduid en deze aanduiding achteraf vervangen werd omdat de vriendin als begunstigde werd aangesteld, doet de nietigheid van deze aanstelling niet automatisch de roeping van de echtgenote herleven. De bedoeling van de verzekeringsnemer de oorspronkelijke begunstiging te herroepen was immers duidelijk (Ernault, *o.c.*, nr. 186, 5°).

Het kapitaal komt dan ten goede aan de nalatenschap (zie ook verder nr. 162).

Zo bewezen wordt dat de determinerene oorzaak voor het afsluiten van de levensverzekeringsovereenkomst was de bijzit te bevoordelen, dan is de overeenkomst nietig in haar geheel en moeten de premies door de verzekeraar aan de nalatenschap teruggestort worden (Dubuisson, D., „L'assurance-vie dans le droit des libéralités et des successions'', *R.G.A.R.*, 1986, 11121/8).

§ 3. Verval van de oorzaak

1) Verval van de oorzaak bij legaten

83. Het vereiste dat een gift een oorzaak moet hebben, brengt mee dat een gift nietig kan verklaard worden bij gebrek aan oorzaak of wegens een valse oorzaak.

Maar is het voldoende dat deze oorzaak, als essentieel bestanddeel van de rechtshandeling, alleen maar aanwezig is bij de totstandkoming van de gift, zoals de beschikker alleen op dat ogenblik bekwaam moet zijn of in staat een geldige toestemming te geven?

In de rechtspraak zijn verschillende gevallen te signaleren waarin hierop ontkennend wordt geantwoord, althans wat de legaten betreft (Antwerpen, 8 november 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 483; vgl. Gent, 27 januari 1984, *T. Not.*, 1987, 97: de testamentaire boedelverdeling van de vader werd „nietig'' verklaard bij gebrek aan oorzaak, omdat de in spiegeltestament opgestelde boedelverdeling door de moeder, waarin ook gemeenschapsgoederen waren betrokken, nietig was bevonden; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 646 en verwijzingen daar). Daar wordt aangenomen dat (nochtans geldig tot stand gekomen) legaten kunnen vervallen zo achteraf de oorzaak verdwijnt (alhoewel deze vorm van verval bij ons niet uitdrukkelijk bij de wet is voorzien, zie evenwel art. 504, lid 2 van de Franse C.c.).

Dit is meer precies het geval wanneer op het ogenblik van het overlijden de omstandigheden gewijzigd zijn, die bij de redactie van het testament het doorslaggevend motief voor de erflater waren om het legaat te vermaken. Men steunt zich hierbij op de algemene theorie van de noodzaak van een oorzaak voor elke rechtshandeling (Antwerpen, 8 november 1988, gecit.).

Met oorzaak worden dus ook hier (zie hoger nr. 64) de doorslaggevende concrete subjectieve motieven bedoeld die bij de erflater voorzaten bij het opstellen van het testament.

Wie beweert dat het legaat vervallen is moet hiervan het bewijs leveren, m.a.w. hij moet aantonen wat het doorslaggevend motief is geweest en dat dat nu verdwenen is (Antwerpen, 8 november 1988, gecit.)

84. In de rechtsleer is men minder deze mening toegedaan. Sommigen zijn van oordeel dat het enig moment waarop het bestaan van de oorzaak moet worden nagegaan het moment van de totstandkoming van de rechtshandeling is (vgl. Bergen, 31 januari 1979, *Pas.*, 1979, II, 43, noot J.S.) en dat in vele gevallen waar het legaat vervallen werd verklaard wegens het verdwijnen van de oorzaak, in feite werd vastgesteld dat de beweegredenen ab initio vals waren en de oorzaak dus van bij het tot stand komen van de rechtshandeling ontbrak (Van Ommeslaghe, P., „Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne'', *R. C. J. B.*, 1970, (328-367), 336).

Anderen weigeren het verval van de oorzaak, gedefinieerd als doorslaggevend motief, als grond van verval van een rechtshandeling te aanvaarden (Foriers, P.A., „Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause'', *R.C.J.B.*, 1987, (77-113), 100). Bij de klassieke voorbeelden van verval, heeft de rechthandeling geen uitwerking, niet omwille van de eerder abstracte reden dat ze een van haar essentiële bestanddelen verloren heeft maar doodeenvoudig omdat ze niet meer kan uitgevoerd worden. Daarom wordt ook voorgehouden dat verval in principe van rechtswege plaats heeft (Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Parijs, 1963, 158).

Zo het voorwerp (dat in de klassieke opvatting, althans wat de handelingen ten bezwarende titel betreft, nagenoeg samenviel met de oorzaak) van de rechtshandeling verdwenen is kan ze nog moeilijk worden uitgevoerd (zie art. 1042 B.W.). Wanneer in een intuitu personae relatie de tegenpartij er niet meer is (zie art. 1039, 1040 en 1093 B.W.) of weigert mee te doen (zie art. 1043 B.W.) kan de rechtshandeling al evenmin enige uitwerking krijgen.

Maar bij verval van het doorslaggevend motief blijft de rechtshandeling in principe perfect uitvoerbaar (Foriers, P.A., *o.c.*, *R. C. J. B.*, 1987, (77-113), 100).

85. Aannemen dat legaten vervallen wanneer het determinerend motief voor hun totstandkoming verdwenen is, heeft weinig hinderlijke gevolgen wat de rechtzekerheid betreft en laat anderzijds toe de werkelijke wil van de erflater beter te eerbiedigen. Dit kan dan ook als een evenwichtige oplosssing bestempeld worden. Dit verklaart wellicht de gunstige houding van de rechtspraak. Het verval heeft immers plaats vooraleer deze legaten uitwerking hebben gekregen en er dus nog geen eigendomsoverdracht heeft plaats

gehad, zodat nog niemand op het bestaan van het legaat heeft kunnen (of mogen) voortbouwen.

Sommige rechtsleer (Buffelan-Lanore, Y., *o.c.*, 154) reserveert trouwens de sanctie van het verval uitsluitend voor rechtshandelingen die nog geen uitwerking gehad hebben.

2) Verval van de oorzaak bij schenkingen

86. Inzake schenkingen, die onmiddellijke uitwerking hebben, wordt door de meerderheid van de auteurs voorgehouden dat het doorslaggevend motief enkel een rol speelt bij de totstandkoming en een geldig tot stand gekomen schenking niet vervalt omdat haar beweegreden niet is blijven voortbestaan (Philippe, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, 1986, 122; Foriers, *o.c.*, 110; Van Quickenborne, M., *A.P.R.*, tw. Contractuele erfstelling, 1991, nr. 606; contra: Capitant, H., *De la cause des obligations*, Parijs, 1924, 28; Patarin, opmerkingen bij Cass. Fr., 14 mei 1985, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986, 397).

Ook het hof van Gent (27 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 1366) was nog in deze periode die mening toegedaan. Het weigerde te aanvaarden dat de mislukking van het huwelijk een rechtsgrond kon opleveren tot terugvordering van een bruidschat of van schenkingen gedaan ter bevordering van het huwelijk. De bewering dat deze zodoende hun oorzaak verloren hadden en dus vervallen waren, ging volgens het hof niet op.

87. Merkwaardig en heel nieuw was dan ook dat recent het Hof van Cassatie — niet zonder kritiek — aanvaardde dat ook inzake schenkingen het verdwijnen van de oorzaak een grond van verval kan zijn (Cass., 16 november 1989, *Pas.*, 1990, I, 331; *J.L.M.B.*, 1990, 1190; *J.T.*, 1991, 211; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 248, nr. 23986; *Rev. Not. B.*, 1990, 240; *T.B.B.R.*, 1990, 294; *R.W.*, 1989-90, 1259; *Ann. Dr. Liège*, 1990, 334, noot P. Delnoy; en de bespreking door Raucent, L., „Objet et cause des libéralités: les arrêts de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 et du 15 novembre 1990'', in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, coll. Patrimoine, vol. XV, 29-38; De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 48; vgl. Cass. Fr., 14 mei 1985, *Rép. Defrénois*, 1986, 1438, noot Aubert; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986, 397 waar in een gelijkaardig geval het hof sprak over valse oorzaak; zie ook Cass. Fr., 11 februari 1986, *Rep. Defrénois*, 1986, 1523, opm. Champenois; *J.C.P.*, 1986, IV, 109; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 586, opm. Patarin, eerder een geval van afwezigheid van oorzaak) .

Het hof casseerde het arrest van het hof van beroep van Luik o.m. omdat dit gesteld had dat een schenking alleen krachtens een uitdrukkelijk beding in de akte of een wettelijke bepaling kan vervallen. Het hof zegt dat „wanneer de doorslaggevende beweegreden van een schenking door een voorval buiten de wil van de schenker vervalt of verdwijnt, de rechter kan vaststellen dat de schenking vervallen is, als ze, volgens de bewoordingen zelf van de beschik-

king of volgens de uitleg van de wil van de beschikker, onlosmakelijk verbonden is met de omstandigheden die er aan ten gronde lagen en die haar enige reden van bestaan uitmaken''.

88. Dit arrest heeft reeds de nodige beroering teweeg gebracht in het notariaat. Het heeft immers tot gevolg dat een destijds geldig afgesloten schenking, die onmiddellijke eigendomsoverdracht tot gevolg heeft gehad, onverwachts en ten gevolge van een later gebeuren weer in vraag kan gesteld worden en dat zonder dat er noodzakelijkerwijze een aanduiding in de akte voorkomt die derden attent maakt op dit gevaar. De reeds beperkte kredietwaardigheid van geschonken goederen wordt er nog een stukje kleiner door. Men kan bijna stellen dat geschonken goederen zodoende uit het vrije verkeer worden genomen.

Aan de notarissen werden reeds raadgevingen gedaan om toch in zekere mate onaangename verrassingen te voorkomen (zie Raucent, *o.c.*, nrs. 23 e.v.; Delnoy, *o.c.*, *Ann. Dr. Liège*, 1990, 355; Patarin, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, I986, 399; zie de meer positieve reacties van De Wulf, C., *o.c.*, *Not. Actualiteit*, 49).

89. Van belang is wel dat deze bezwaren niet zozeer het feit betreffen dat de begiftigde het voordeel van de schenking verliest — (hij heeft immers in de regel geen tegenprestatie geleverd (Van Ommeslaghe, *o.c.*, 364), al kan hij wel op de schenking hebben voortgebouwd; zie hierover het proefschrift van N. Geelhand, *De belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht: de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medecontractant. Het vertrouwensbeginsel als belangenafwegingsinstrument*) — maar wel dat zodoende rechtshandelingen in het gedrang komen die de begiftigde met derden, die wel een tegenprestatie leverden, heeft afgesloten. Een evenwichtiger oplossing zou er in bestaan toe te laten dat op de schenking kan teruggekomen worden zonder nochtans de belangen van te goeder trouw zijnde derden in het gedrang te brengen. Dit geldt trouwens voor alle gevallen waarin achteraf op geldig gedane schenkingen kan worden teruggekomen (inbreng, inkorting, conventionele terugkeer, herroeping wegens niet vervullen van de voorwaarden...) Onlangs werden suggesties de lege ferenda gedaan om aan het euvel van de broze eigendomstitel na schenking te verhelpen (zie suggestion de loi n° 36 par J.F. Taymans et P. Vander Maelen in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, 1992, 201, waarin evenwel geen sprake is van deze grond van verval).

De lege lata zou een oplossing gevonden kunnen worden via een veralgemeende genuanceerde toepassing van het vertrouwensbeginsel (zie hierover uitgebreid het geciteerde proefschrift van N. Geelhand). Bij nader toezicht blijkt trouwens dat in verwante domeinen reeds in zekere mate aan belangenafweging wordt gedaan.

90. Ik denk op de eerste plaats aan de nietigheid van schenkingen op grond van een ongeoorloofde oorzaak, waarbij (zie hoger nr. 64) de oorzaak ook geïdentificeerd wordt met de motieven van de beschikker. Dit is een traditionele grond tot nietigheid van schenkingen, waarmee men (dan ook) blijkbaar minder moeite heeft.

Er is ook wel een verschil (zie Van Ommeslaghe, *o.c.*, 364; vgl. Patarin, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986, 397).

Wanneer om uit te maken of een rechtshandeling niet geïnspireerd werd door een ongeoorloofde oorzaak, rekening gehouden wordt met de doorslaggevende motieven dan gebeurt dit ter vrijwaring van het algemeen belang en wel om te vermijden dat de openbare orde en de goede zeden geweld zou worden aangedaan. De noodzakelijke bescherming van openbare orde en goede zeden verantwoordt dat deze rechtshandelingen nietig worden verklaard.

Omdat zodoende de zekerheid van gestelde rechtshandelingen in het gedrang kan komen (en ook dat is een beschermenswaardig belang, waardoor het algemeen belang al evengoed wordt gediend) werden nochtans enkele beperkingen opgelegd. Bv. het doorslaggevend motief moet ongeoorloofd zijn, een zeker medeweten van het ongeoorloofde van de motieven bij beide partijen wordt bij handelingen ten bezwarende titel vereist...

Wanneer, om uit te maken of de oorzaak van een rechtshandeling vervallen is, de rechter rekening houdt met de motieven van de beschikker dan doet hij dit ter bescherming van een individueel belang, de vrijwaring van de werkelijke wil van de beschikker (Raucent, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1990, 265; Van Ommeslaghe, *o.c.*, 364; Patarin, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 586). Bij deze confrontatie van dit (beschermenswaard) individueel belang en het algemeen belang dringen zich dus, meer nog dan in het vorige geval, beperkingen op en lijkt het zelfs aangewezen — en daar wordt ook in de commentaren op aangedrongen (Sace, noot onder Parijs, 12 december 1980, *Rev. Not. B.*, 1982, 328; Patarin, *o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986, 399; zie reeds Planiol, noot onder Rennes, 11 april 1905, *D.P.*, 1906, 2, 257) — dat de rechter slechts zeer uitzonderlijk schenkingen zou vervallen verklaren op grond van het verdwijnen van de oorzaak.

91. Uit het arrest van het Hof van Cassatie zelf kunnen enkele beperkingen worden afgeleid. De schenking vervalt alleen dan zo door een later voorval dié omstandigheden gewijzigd worden die aan de schenking ten grondslag lagen, die haar enige reden van bestaan uitmaakten en waarmee de schenking onlosmakelijk verbonden was.

(Op grond van deze regel zou dus ook nog na de afschaffing van art. 960 B.W. een schenking ongedaan kunnen gemaakt worden na de geboorte van een kind, op voorwaarde evenwel dat daadwerkelijk aangetoond wordt dat deze schenking alleen maar gebeurde omdat de schenker toen kinderloos was).

Ook hier kan dus alleen het verdwijnen van het werkelijk doorslaggevend motief het verval tot gevolg hebben. Zwak punt is wel, dat volgens het arrest dit motief niet uitdrukkelijk in de schenking moet aangegeven zijn maar via interpretatie van de wil van de schenker door de rechter kan achterhaald worden.

Zoals reeds aangetoond werd (zie hierover uitgebreid Raucent, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1990, 266) moet dit determinerend motief wel onderscheiden worden van de ontbindende voorwaarde, waaronder de gift gebeurde en die een modaliteit is die normalerwijze uitdrukkelijk moet bedongen zijn (zie nochtans verder nr. 451). Het determinerend motief is de werkelijke reden waarom de gift gedaan werd, wat niet mag verward worden met de omstandigheden die wel niet de oorzaak waren voor de rechtshandeling, maar zonder dewelke deze toch waarschijnlijk niet zou gesteld zijn.

Dit onderscheid is in de praktijk nochtans niet altijd even duidelijk (zie Delnoy, *o.c.*, *Ann. Dr. Liège*, 1990, 365), het cassatiearrest is daar zelf het beste voorbeeld van.

In het geschil dat het te beoordelen had, had een ouderpaar een grond gekocht voor het vruchtgebruik op eigen naam en met beding van terugval t.v.v. de langstlevende. De blote eigendom werd gekocht op naam van hun zoon en schoondochter maar de aankoop werd volledig door de ouders gefinancierd. Ze hoopten zodoende (maar ten onrechte, zie art. 9 Succ. W.) een vermindering van de successierechten te realiseren. Wanneer achteraf de zoon uit de echt gescheiden was, beweerde de vader (trouwens met succes) dat de schenking t.a.v. zijn gewezen schoondochter vervallen was omdat o.m. het behoud van de schenking afhankelijk gesteld was van het verder bestaan van het huwelijk.

Terecht werd opgemerkt (Raucent, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1990, 266) dat het determinerend motief voor de schenking hier eigenlijk alleen het verkeerdelijk verhoopte fiscale voordeel was (Raucent, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1990, 267; vgl. Cass. Fr., 11 februari I987, gecit.) alleen daarom werd vervroegd een schenking gedaan. Wel werd de schoondochter maar bij het hele opzet betrokken omdat ze de schoondochter was. Het verder bestaan van het huwelijk was dus alleen de niet uitdrukkelijk vermelde ontbindende voorwaarde van de schenking.

92. Uit het cassatiearrest van 16 november 1989 kan nog een tweede beperking afgeleid worden. De latere gebeurtenis, waardoor het doorslaggevend motief niet langer aanwezig is, moet zich buiten de wil van de beschikker hebben voorgedaan. Inderdaad anders zou het bindend karakter van de schenking in het gedrang komen, ze zou als het ware herroepelijk worden. Misschien werd daarom door het hof van beroep van Antwerpen (8 november 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 483) dit vereiste niet expliciet gesteld inzake verval van de essentieel herroepelijke rechtshandeling die het legaat is (vgl. Desbois, noot onder Bourges, 13 april 1943, *J. Cl. P.*, 1946, II, 2918; zie nochtans Buffelan-Lanore, *o.c.*, 156; vgl. Philippe, D., *o.c.*, 120).

Ik vrees dan ook dat, zelfs na dit cassatiearrest, met weinig succes beroep zal gedaan worden op het verdwijnen van de oorzaak om na echtscheiding het verval te bekomen van contractuele erfstellingen die bij huwelijkscontract bedongen werden in het voordeel van de onschuldige echtgenoot (vgl. Van Quickenborne, nr. 606; zie hierover nochtans verder nr. 454).

93. Een andere beperking kan gelegen zijn in de draagwijdte van de sanctie. Het Hof van Cassatie zegt dat de schenking bij het verdwijnen van de oorzaak vervalt, zonder nochtans te preciseren wat dat impliceert o.m. qua effect in de tijd. Verval verschilt in die zin van de nietigheid dat ze een rechtshandeling treft die bij haar totstandkoming volledig geldig was. Er wordt dan ook in de rechtsleer voorgehouden dat verval, in tegenstelling tot de nietigheid, geen terugwerkende kracht heeft (Ghestin, *Le contrat*, nr. 725; Buffelan-Lanore, *o.c.*, 159, maar zij gaat er, zoals gezegd (zie hoger nr. 85) van uit dat verval alleen maar mogelijk is t.a.v. rechtshandelingen die nog geen begin van uitvoering hebben gekregen) en de rechtshandeling dan ook maar te niet gedaan wordt van het ogenblik dat de latere gebeurtenis die aanleiding geeft tot het verval, zich heeft voorgedaan.

Anderen vrezen nochtans (Delnoy, gecit. noot, 352; De Wulf, *o.c.*, *Not. Actualiteit*, 49; Verbeke, „Commentaar bij art. 893 B.W.'', 24 in *Comm. Erf.*) dat het verval van de oorzaak, net zoals de afwezigheid van de oorzaak retroactief zal werken. Maar is het aan te nemen dat een rechtshandeling die rechtsgeldig werd afgesloten en pas achteraf een van haar essentiële elementen verliest, retroactief verdwijnt en dus ook de gevolgen die tot stand kwamen toen alle essentiële elementen voor haar geldigheid nog aanwezig waren! In geval van inkorting aanvaardt men dit.

De grote vraag blijft bovendien hoe derden op de hoogte kunnen zijn van dit niet altijd duidelijk aangegeven determinerend motief en van het ogenblik dat dit tengevolge van een latere gebeurtenis niet meer aanwezig is.

Hoe dan ook, de rechtszekerheid is met dit arrest zeker niet gediend.

AFDELING 4
VOORWAARDE

§ 1. De ongeoorloofde voorwaarde

1) Algemeen

94. Inzake de ongeoorloofde voorwaarde worden in deze periode de traditionele principes terzake herhaald (zie ook vorige overzichten, dit tijdschrift, 1965, 609; 1985, 554). Wanneer een gift vergezeld is van een ongeoorloofde voorwaarde, wordt, overeenkomstig artikel 900 B.W. en in tegenstelling tot art. 1172 B.W., de voorwaarde als niet geschreven beschouwd, de gift daarentegen blijft wel bestaan (Rb. Leuven, december 1987, *Pas.*, 1988, III, 21).

Onder „voorwaarde'' wordt ook een opgelegde last begrepen (Rb. Leuven,

4 december 1987, gecit.; Cass., 29 maart 1958, *Ann. Not. Enr.*, 1958, 193 met noot; *Pas.*, 1958, I, 844, noot; *Rev. Prat. Not.*, 1958, 205, noot J.B.; De Page, VIII/1, nr. 324; Pintens, W. en Van der Meersch, B., „Commentaar bij art. 900 B.W.'', in *Commentaar E.S.T.*, nr. 3).

Zo aan de gift andere, geoorloofde lasten verbonden zijn, blijven deze uiteraard, net zoals de gift, bestaan (Rb. Leuven, 4 december 1987, gecit.).

En er blijft de matigende invloed van de rechtspraak sinds het cassatiearrest van 31 oktober 1952 (*Pas.*, 1953, I, 110 met conclusie van toenmalig eerste advocaat-generaal Hayot de Termicourt; *R.W.*, 1952-53, 1093; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1955, 352, *R.C.J.B.*, 1953, 5 met noot Dabin). Een strikte toepassing van het politiek getinte en historisch geladen art. 900 B.W. (zie hierover o.a. Coene, M., „Grondrechten en testeervrijheid'', in Rimanque, K., *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, (309-339), 318; Pintens en Van der Meersch, *o.c.*, nr. 7) leidt immers regelmatig tot een ware verminking van de wil van de beschikker. Daarom wordt aangenomen dat artikel 900 moet wijken voor art. 6 B.W. Zo blijkt dat de vervulling van de ongeoorloofde voorwaarde geen bijkomende modaliteit is maar de determinerende oorzaak, waaronder de gift werd gedaan, vervalt de beschikking in haar geheel (Cass., 26 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 235, nr. 113; *Pas.*, 1988, I, 216; *R.C.J.B.*, 1992, 18, noot Raucent (impliciet); Rb. Leuven, 4 december 1987, gecit.; vgl. art. 4.3.1.6. nieuw Ned. B.W.; zie de genuanceerde uiteenzetting van Pintens en Van der Meersch, *o.c.*, nr. 5 en de preciseringen in de noot van Raucent, nr. 10).Over het al dan niet determinerend karakter van de ongeoorloofe voorwaarde oordeelt de feitenrechter souverein. Het Hof van Cassatie kan nochtans nagaan of hij op die manier geen interpretatie aan de testamentaire clausule gaf die onverenigbaar is met haar bewoordingen (Cass., 26 oktober 1987, gecit.).

De uitdrukkelijke precisering door de erflater/schenker dat de vervulling van de voorwaarde voor hem primordiaal is, is nochtans op zichzelf niet voldoende om de toepassing van art. 900 B.W., bepaling van openbare orde, uit te schakelen (Cass., 31 oktober 1952, gecit.).

2) De clausule van onvervreemdbaarheid

a. Enkele gevallen

95. De rechtspraak inzake clausules van onvervreemdbaarheid is niet zeer uitgebreid. Het is dan ook opmerkelijk dat in de te bespreken periode terzake vijf uitspraken te signaleren zijn, die er bovendien uiteenlopende meningen op na houden wat de geldigheid van de clausule betreft.

Volgens het hof van Brussel (12 november 1985, verbroken door Cass., 26 oktober 1987, gecit.) diende de eis van de erflaatster dat de legataris moest beloven het gelegateerde goed niet te verkopen, geïnterpreteerd te worden als een ongeldig beding van onvervreemdbaarheid. Het werd door het Hof van Cassatie terecht gewezen, niet omdat het het beding ongeldig verklaarde maar omdat het, door te weigeren het legaat in zijn geheel ongeldig te

aan deze testamententaire beschikking een interpretatie gegeven had die onverenigbaar was met haar bewoordingen (zie hoger nr. 94).

96. Het hof van Gent (22 mei 1987, *Pas.*, 1987, II, 174) veroordeelt in een goed gemotiveerd arrest, het vervreemdingsverbod zonder meer, als strijdig met de openbare orde (tenzij het door de wet is ingesteld of toegelaten). De definitie zelf van de „eigendom'' (cfr. art. 544 B.W.) evenals de geest van het Burgerlijk wetboek in zijn geheel, zegt het hof, zijn onverenigbaar met het vervreemdingsverbod (vgl. De Page, V, nrs. 907 e.v.; VIII, nr. 340; Galopin, *Donations et testaments*, nr. 53).

Dit geldt trouwens t.a.v. alle beperkingen aan het vrije beschikkingsrecht, inclusief het recht het goed te hypothekeren (zonder instemming van de schenker) of er over te beschikken bij testament, hetgeen een natuurlijk gevolg is van het eigendomsrecht.

Het hof laat hier dus het algemeen belang primeren op het individueel belang.

Wel preciseert het hof, in navolging van De Page (V, nr. 574), dat een vervreemdingsverbod in principe geen verbod tot testeren inhoudt, maar enkel betrekking heeft op akten onder de levenden. Immers wanneer iemand een testament opmaakt vervreemdt hij niet, want hij kan deze beschikking steeds herroepen. Ook bij zijn overlijden heeft de eigendomsoverdracht causa mortis plaats en niet ingevolge een vervreemding in de juridische betekenis van het woord.

97. Het hof zet zich bovendien scherp af tegen (wat het) de opvatting van de Franse rechtspraak (noemt), die aanvaardt dat dergelijke clausules, alhoewel in principe ongeldig, niet steeds indruisen tegen de openbare orde. Ze kunnen meer bepaald worden goedgekeurd als ze beperkt blijven in de tijd en een ernstig en rechtmatig belang dienen, hetzij van de schenker, hetzij van de begiftigde, hetzij van een derde.

Dit is een soort van compromis tussen de bescherming van het algemeen en het individueel belang.

Deze vaste Franse rechtspraak werd niet alleen bekrachtigd in art. 900-1 C.c. (wet van 3 juli 1971) maar kreeg ook heel wat navolging in onze rechtspraak en rechtsleer (zie bv. Dabin, J., „De l'effet d'une clause d'inaliénabilité indéfinie jointe à une libéralité: condition illicite ou but illicite'', noot onder Cass., 31 oktober 1952, *R.C.J.B.*, 1953, 5-21; Deliège, A., *Rép. Not.*, dl. II, *Les Biens*, 7 tw° Inaliénabilité, 27, nr. 29; Kluyskens, III, nr. 15) ook in deze periode (Antwerpen, 26 maart 1984, *R.W.*, 1985-86, noot Puelinckx-Coene, M.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 178, nr. 23326; Rb. Leuven, 4 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 21; Rb. Antwerpen, 25 februari 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 408, nr. 23773; Casman, H., *Notarieel familierecht*, Gent, 1991, 481 en 539; Delnoy, Chronique, *o.c.*, 254; De Wulf, C., „Erfenissen,

schenkingen, testamenten, bedingen van aanwas en tontine'', in *Not. Actualiteit*, 53).

98. Maar zoals vroeger (zie mijn geciteerde noot, 1774) wordt de Franse regel wel in principe aanvaard, maar wordt er in geen enkel van de uitspraken uitwerking gegeven aan de clausule van onvervreemdbaarheid, zij het om diverse redenen.

Aan beide criteria moet tegelijkertijd voldaan zijn. Of dit het geval is wordt soeverein door de feitenrechter beoordeeld, die rekening houdt met de omstandigheden eigen aan de zaak (De Wulf, *o.c.*, 54).

De rechtbank van Leuven besloot tot ongeldigheid van de clausule omdat het verbod niet beperkt was in de tijd. Dit leidde de rechtbank af uit het geheel van het testament en meer bepaald uit het feit dat de lasten, die verbonden werden aan de goederen die niet mochten verkocht worden, voor onbeperkte duur werden opgelegd (Rb. Leuven, 4 december 1987, gecit.).

99. De mildste beoordeling vinden we in het geciteerde vonnis van de rechtbank van Antwerpen van 25 februari 1988. Zij achtte het verbod tot hypothekeren zonder toestemming van de schenkers, voldoende beperkt in de tijd, nl. gedurende het leven van de schenkers (in die zin ook Casman, *o.c.*, 481; Cass. Fr., 8 januari 1975, *J. Cl. P.*, 1976, II, 18.240, noot Thuillier; Cass. Fr., 20 juli 1982, *Bull. Civ.*, I, 229).

Ze was ook vrij vlug overtuigd van het bestaan van een rechtmatig belang. De schenkers hadden, vond ze, bij de inlassing van dit verbod een voldoende moreel belang, nu ze wilden beletten dat het geschonken goed tijdens hun leven zou verkocht worden en ze daarom nog enige controle wensten.

Ook aan de Franse rechtspraak werd wel eens verweten dat zij al te gemakkelijk het bestaan van een rechtmatig belang aanvaardt (Chéron, A., „La jurisprudence sur les clauses d'aliénabilité, sa logique, ses limites'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1906, (339-365), 352).

Maar al achtte de rechtbank de clausule dus geldig, toch werd er ook hier geen uitwerking aan gegeven. De erfgenamen van de begiftigde, die desondanks een hypotheek op het goed had toegestaan zonder instemming van de schenkers, beriepen zich op het verbod tegen de hypothecaire schuldeisers, maar de rechtbank antwoordde nemo auditur turpitudinem suam allegans!

100. Meer in de traditionele restrictieve lijn van de Belgische rechtspraak (zie bv. Rb. Ieper, 24 december 1958, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1961, 386, nr. 20383 met noot) is de opmerking van het hof van Antwerpen (26 maart 1984, gecit.) dat ouders/schenkers die willen waarborgen dat hun zoon naast hen zou blijven wonen, geen rechtmatig belang aanvoeren. Het hof spreekt zich evenwel niet uit over de geldigheid van de clausule.

b. Onvervreemdbaarheid en onbeslagbaarheid

101. Het hof van Antwerpen (26 maart 1984, gecit.) bracht met betrekking tot clausules van onvervreemdbaarheid een uiterst belangrijke precisering aan. Zelfs al zou een beding van onvervreemdbaarheid geldig zijn tussen partijen, toch kan het niet tegengeworpen worden aan een schuldeiser van de begiftigde, die tot gedwongen verkoop van het goed zou willen overgaan! (zie reeds Rb. Veurne, 18 juni 1980, *T.Not.*, 1981, 19; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 201, nr. 22615; Cass. Fr., 20 december 1976, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1977, 358, opmerkingen Savatier; Cass. Fr., 25 juni 1980, *Rép. Defrénois*, 1981, art. 32.608, 468, opmerkingen Champenois).

Tot voor kort werd nochtans aangenomen dat onvervreemdbaarheid ook onbeslagbaarheid impliceerde. Dit was trouwens dikwijls een van de redenen waarom de clausule werd ingelast: zich indijken zowel tegen het risico van vrijwillige als van gedwongen vervreemding.

Het hof baseert zich hiervoor om te beginnen op een argument eigen aan het specifieke geval. In de akte was immers gesteld dat de begiftigde het geschonken goed niet mocht vervreemden. Het hof leidde hieruit af dat alleen de vrijwillige verkoop werd geviseerd.

Maar het geeft ook een meer algemene verantwoording, zodat men kan zeggen dat het hof hier een principe van algemene draagwijdte stelt. Ieder, aldus het hof, staat met al zijn goederen (ook de toekomstige) in voor de verbintenissen die hij heeft aangegaan (art. 7 en 8 Hyp. W.). Men kan zo maar geen goed onttrekken aan dit onderpand door het louter inlassen van dergelijk beding in een gift (zie ook Rb. Veurne, 18 juni 1980, gecit.). Dit zou er immers op neerkomen dat men in het vermogen van de begiftigde een afzonderlijk en onbeslagbaar vermogen creert. Dat kan niet, tenzij in de gevallen uitzonderlijk door de wet voorzien (zie bv. art. 1048 e.v. B.W.). Bovendien kan het argument gehaald uit het oude artikel 581 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging, dat in de mogelijkheid voorzag sommige roerende goederen bij gift onbeslagbaar te verklaren, niet meer worden ingeroepen nu geen gelijkaardige bepaling in het Gerechtelijk wetboek werd overgenomen (Donnay, „Code judiciaire, saisies conservatoires et saisies exécution, généralités'', *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1969, 136, nr. 21251).

102. Nu de belaste goederen toch beslagbaar blijven heeft de clausule heel wat aan belang en aan efficiëntie ingeboet (Dirix, E. en Broeckx, K., „Overzicht van rechtspraak, beslagrecht (1970-90)'', dit tijdschrift, 1991, 198, nr. 227; Pintens en Van der Meersch, *o.c.*, nr. 12). Ik blijf mij afvragen (zie hierover uitgebreider mijn geciteerde noot) of het überhaupt wenselijk is dergelijke clausules geldig te verklaren!

c. De clausule van onvervreemdbaarheid ten laste van rechtspersonen

103. De geldigheid van het verbod de geschonken of vermaakte goederen te

vervreemden, wordt nog strenger beoordeeld zo de begiftigde een rechtspersoon is. Sommige rechtspersonen (als bv. V.Z.W.'s) kunnen alleen maar onroerende goederen bezitten, die rechtstreeks aangewend worden voor de verwezenlijking van hun doel. Hierover waakt de overheid. Bij het noodzakelijke verzoek tot goedkeuring tot het aanvaarden van de gift (zie hoger nrs. 51 e.v.) zal de overheid reeds de clausule censureren en in de mate de goederen niet rechtstreeks zullen worden aangewend voor de verwezenlijking van het maatschappelijk doel, de vervreemding ervan bevelen (zie Rb. Leuven, 4 december 1987, gecit.; R.v.St., 14 november 1989, *R.A.C.E.*, 1989, nr. 33.404; zie hierover uitgebreid Coene, M. en Dujardin, J., „Commentaar bij art. 910 B.W.", in *Comm. Erf.*, nrs. 57 e.v.).

104. Regelmatig worden door de erflater aan een schenking of een legaat aan een rechtspersoon permanente lasten verbonden, als bv. de inrichting van het geschonken huis als museum, waarin de kunstcollectie van de erflater dient ondergebracht te worden. Heeft dergelijke last niet onrechtstreeks de onvervreemdbaarheid van dit huis tot gevolg, zodat hij overeenkomstig art. 900 B.W. als ongeschreven moet beschouwd worden?

Dit gewiekste argument werd voor de Raad van State opgeworpen door een begunstigde V.Z.W., die er alle belang bij had de last te zien vervallen, omdat ze van de overheid geen goedkeuring had verkregen dit legaat te aanvaarden precies omdat ze de last niet kon uitvoeren. Het ging om een medico-chirurgisch instituut en inrichten van musea kaderde duidelijk niet binnen haar statutair doel.

Ze werd door de Raad (14 november 1989, gecit.) in het ongelijk gesteld, omdat hij van oordeel was dat deze opgelegde bestemming niet verhinderde dat het goed nog ten bezwarende of ten kosteloze titel kon vervreemd worden. Misschien speelde ook wel mee dat de uitvoering van de last waarschijnlijk voor de erflaatster determinerend was geweest bij het vermaken van het legaat. Maar dit is een aangelegenheid die de burgerlijke rechter moet beslechten.

d. Clausules van onvervreemdbaarheid ter garantie van opgelegde lasten

105. Het gebeurt wel regelmatig dat een erflater de onvervreemdbaarheid van de gelegateerde goederen bedingt om de uitvoering van andere lasten te garanderen bv. een legaat van een huis dat niet mag vervreemd worden omdat de opbrengst moet dienen voor de financiering van een aantal missen, die elk jaar opnieuw voor het zieleheil van de erflaatster en haar familieleden moeten worden opgedragen.

Het feit dat deze clausule van onvervreemdbaarheid voor niet geschreven wordt gehouden, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat de andere lasten niet meer zouden kunnen uitgevoerd worden of dat bij niet uitvoering van deze lasten het legaat niet op die grond zou kunnen herroepen worden (Rb. Leuven, 4 december 1987, *Pas.* 1988, III, 21).

3) Ander voorbeeld van ongeoorloofde last

106. Men kan bij testament het recht van de aandeelhouder niet aan banden leggen om via zijn stemrecht in de algemene vergadering het mandaat van een beheerder te herroepen. Meer algemeen, een last die betrekking heeft op de uitoefening van het stemrecht in een handelsvennootschap is ongeoorloofd zo hij door bedrog geïnspireerd is of zo hij indruist tegen het maatschappelijk belang (Cass., 13 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 920, nr. 454; *J.T.*, 1990, 751; *Pas.*, 1989, I, 825, nr. 454; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 315, nr. 24138; *Rev. Not. B.*, 1989, 410; *R.W.*, 1989-1990, 253; *R.C.J.B.*, 1991, 205; *R.D.C.*, 1989, 878 en de bespreking bij Sace, nr. 135-1).

§ 2. Potestatieve voorwaarde

107. Zie verder nrs. 119 e.v.

HOOFDSTUK II

SCHENKINGEN

AFDELING 1

DEFINITIE

§ 1. Componenten

1) Eenzijdige overeenkomst

108. Om te beginnen is een schenking een overeenkomst. Er is dus wilsovereenkomst vereist tussen schenker en begiftigde.

Maar gaat het dan niet om een eenzijdig contract, dat alleen verbintenissen doet ontstaan in hoofde van de schenker, te weten de plicht tot leveren en tot vrijwaring?

De rechtbank van Luik (2 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 152) was een andere mening toegedaan omdat door de schenking te aanvaarden de begiftigde zich tot erkentelijkheid verbindt tegenover de schenker. Deze verplichting wordt gesanctioneerd door de herroeping in geval van ondankbaarheid (zie ook Planiol-Ripert, V, nr. 463; Flour-Souleau, *Les libéralités*, nr. 139).

Maar anderen (De Page, VIII, nr. 377, B. en nr. 610; Aubry-Rau, IV, § 341; Baudry- Lacantinerie et Colin, *Donations entre vifs et testaments*, dl. I, nr. 1351) beweren dat het hier — tenzij in geval van schenking met last — eerder gaat om een morele verplichting tot erkentelijkheid, waarvan de niet naleving inderdaad in sommige specifiek door de wet voorziene gevallen (art. 955 B.W.; zie verder nr. 239 e.v.) wel wordt gesanctioneerd, maar die geen echte verbintenissen doet ontstaan.

Zo kan de schenking wel herroepen worden wegens ondankbaaarheid bij

weigering van levensonderhoud, maar dit betekent niet dat de schenker op grond van de schenkingsovereenkomst een vordering tot levensonderhoud heeft t.a.v. de begiftigde.

Er kan dus moeilijk beweerd worden dat de vrijwaringsplicht van de schenker en de verplichting tot erkentelijkheid van de begiftigde wederkerige en van elkaar afhankelijke verplichtingen zijn. Dat is nochtans het kenmerk van de tweezijdige of wederkerige overeenkomsten (Capelle, B., „Preuve dans le procès civil relatif à un meuble corporel et don manuel'', *T.B.B.R.*, 1991, (19-51 en 301-321), nr. 60).

De vraag is van practisch belang o.m. wat betreft de toepasselijkheid van art. 1184 B.W. (zie verder nr. 239).

109. Zo in een overeenkomst voor de toegekende voordelen een tegenprestatie bedongen wordt (bv. dat de begunstigde persoon zijn activiteit in de vennootschap verder blijft uitoefenen), kan deze (in de regel, zie verder nr. 115) niet als een schenking beschouwd worden (Rb. Luik, 12 april 1992, *J.T.*, 1992, 81, noot C. Darville-Finet).

2) Dadelijke verarming

110. Een schenking onder de levenden veronderstelt dat men zich dadelijk en onherroepelijk ontdoet van de geschonken zaak ten voordele van de begiftigde die ze aanneemt.

Hiervan uitgaande, oordeelde de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen (30 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 266; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 373, nr. 23520; zie ook Cass. Fr., 21 november 1975, *D.*, 1975, 549, noot Steinmetz; Cass. Fr., 11 juli 1978, *D.*, 1979, 73, noot Martin; Cass. Fr., 22 januari 1982, *J.C.P.*, 1982, 13) dat de inpandgeving die door ouders om niet was gedaan (als waarborg voor een lening door hun kinderen), niet als een schenking kon gekwalificeerd worden. De pandgever blijft immers eigenaar van het in pand gegeven goed, er is dus geen dadelijke eigendomsoverdracht. Bovendien, zo hij aangesproken wordt, is er geen verarming, want hij kan zich nog steeds verhalen op de hoofdschuldenaar.

111. Dat inpandgeving geen schenking inhoudt is in principe juist (vgl. Brussel, 27 mei 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 414). Belangrijk is nochtans dat de rechtbank maar tot die bevinding komt na vastgesteld te hebben dat niet bewezen was dat de pandgever op het ogenblik dat het contract van pandgeving werd afgesloten er van overtuigd was dat hij zijn effecten nooit meer zou terugkrijgen en zijn mogelijk verhaal op de hoofdschuldenaar dus illusoir was.

Dit sluit aan bij de rechtsleer die aanvaardt dat zekerheidsstelling om niet onder omstandigheden toch als een schenking kan aangezien worden (Raucent, L., „Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?'' in *Actuele problemen uit het notariële recht*, Antwerpen

1985, (159-169), 162; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 893 B.W.", nr. 98 in *Comm. Erf.*,). Dit is m.n. het geval zo de zekerheidsteller reeds bij het toestaan van de zekerheidsstelling animo donandi afziet van zijn verhaalsrecht. Hier gaat het dan wel degelijk om een schenking, zij het onder opschortende voorwaarde van niet- betaling (De Page, VIII, nr. 418 spreekt van une donation éventuelle; zie ook Planiol- Ripert, V, nr. 417).

Zo daarentegen de pandgever pas nadat het pand gerealiseerd werd, animo donandi afziet van zijn recht van verhaal, heeft men evengoed te maken met een schenking, maar dan op grond van betaling voor rekening van een derde, niet op grond van de zekerheidsstelling (vgl. Dekkers, III, nr. 776).

3) Animus donandi

a. Algemeen

112. Opdat van een schenking kan gesproken worden volstaat het niet dat een patrimonium zich verrijkt heeft ten koste van een ander (materieel element), er is ook een intentioneel element vereist: de animus donandi (Brussel, 10 maaart 1982, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 41; *R.W.*, 1983-84, 2826; zie nochtans Dupeyroux, *o.c.*, nrs. 69 e.v.).

Wat precies onder dat vrijgevigheidsgevoel moet verstaan worden, wordt nochtans niet gepreciseerd. Wel wordt ook in deze periode (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 558, nr. 22) herhaald gesteld dat de animus donandi niet vermoed wordt maar bewezen moet worden door diegene die beweert dat de overgang uit vrijgevigheid gebeurde (Luik, 19 mei 1982, *Rev. Not. B.*, 1985, 275, noot Delobbe; Rb. Namen, 8 oktober 1984, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 289, nr. 23207, noot A.C.; *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 46; Rb. Brugge, 10 maart 1987, *R.W.*, 1988-89, 53, noot Puelinckx-Coene; Gent, 27 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 1366; Rb. Namen, 1 februari 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1429).

113. Naar gelang het geval is de rechter al vlugger overtuigd en neemt hij zonder meer aan dat het bestaan van de animus donandi kan afgeleid worden uit de omstandigheden van de zaak. De genegenheid die tussen de partijen bestond vormt hierbij een belangrijk element.

De rechtspraak stelt zich vooral soepel op wanneer ze de indruk heeft dat iemand door te ontkennen dat hij uit vrijgevigheid handelde, op een schenking tracht terug te komen, omdat de vroegere genegenheid die hij de begiftigde toedroeg voorbij is (Antwerpen, 13 april 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 203: betalingen door een concubant gedaan voor herstellingen aan de woning van zijn vroegere bijzit; Gent, 27 juni 1989, gecit.: betalingen door ouders gedaan voor hun zoon en ex-schoondochter naar aanleiding van hun huwelijk).

Zeer streng daarentegen is de houding van de rechtbank van Brugge (10 maart 1987, gecit.). Ze weigert te aanvaarden dat de financiering door de moeder van een appartement dat werd aangekocht voor het vruchtgebruik op

haar naam en voor de blote eigendom op naam van de dochter animo donandi gebeurde wat het aandeel van de dochter betrof. Nochtans bleek dat het om een minder-valide dochter ging die bij haar moeder inwoonde.

De strenge eisen die door de rechtbank inzake het bewijs van de animus donandi gesteld werden, kunnen nochtans niet los gezien worden van de zeer specifieke context van het geval (zie hierover uitgebreider mijn noot bij dit vonnis). Ze maakten deel uit van een spitsvondig stramien dat moest leiden tot een billijke oplossing (zie hierover verder nr. 124).

114. Bij een eenzijdige louter abdicatieve afstand van recht is er geen animus donandi en dus ook geen schenking (Brussel, 27 mei 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 403). Zo iemand zich ten gevolge van deze afstand verrijkt, dan is deze verrijking alleen maar het louter wettelijke gevolg van de verarming en niet een gevolg dat gewild werd door diegene die zich verarmde (Delnoy, P., „Virement de sommes ou de valeurs mobilières'' in *Les arrangements de famille*, (113- 144), 123).

Gebrek aan animus donandi was ook de reden waarom het hof van beroep van Brussel (10 maart 1982, *R.W.*, 1983-84, 2826, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 41) weigerde in de toekenning van een overlevingspensioen door een vennootschap aan de weduwe van een van haar bestuurders een schenking te zien, ook al werd er die kwalificatie door de partijen aan gegeven. De werkelijke bedoeling van dergelijke toekenning, die trouwens mits bepaalde toegevingen (ontruimen van een pand) en onder bepaalde voorwaarden (betalen van bepaalde schulden) gebeurde, was volgens het hof op die manier de bestuurders aan te moedigen hun bestuursmandaat te vervullen zonder dat deze er zouden op aansturen een bediendenstatuut te verkrijgen.

115. De animus donandi speelt dus blijkbaar een decisieve rol bij het bepalen of het al dan niet om een gift gaat.

Zo kunnen rechtshandelingen waarbij een tegenprestatie bedongen wordt toch nog schenkingen zijn, zo de wil te bevoordelen overheerst (Rb. Brussel, 9 maart 1990, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, 335, nr. 24.146).

Dit is bv. het geval bij de vergeldende schenkingen (op zich een contradictio in terminis (zie Raucent, noot onder Luik, 11 september 1990, *Rev. Not. B.*, 1991, 357; zie hierover verder nr. 157), wederkerige schenkingen (zie verder nrs. 126 e.v.) of schenkingen met last (Delnoy, P., *Précis de droit civil. Les libéralités et les successions*, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1999, nr. 8).

b. Animus donandi en schikkingen tussen (van goederen gescheiden) echtgenoten

116. Uit het feit dat echtgenoten elkaar erg genegen zijn, of althans waren bij het afsluiten van de overeenkomst, werd en wordt (zie hoger nr. 113)

soms vrij gemakkelijk aanvaard dat de getroffen schikking of overdracht animo donandi gebeurde (zie nochtans de nuancering in Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134; *J.T.*, 1987, 381; *T.B.B.R.*, 1988, 396).

Het gevolg is gevaar voor inbreng of inkorting, mogelijkheid van herroeping ad nutum bij echtelijke moeilijkheden, van automatisch verval voor de schuldig bevonden echtgenoot na echtscheiding ...

Terecht wordt dit quasi automatisme meer en meer in vraag gesteld. Vrijgevigheid is niet noodzakelijkerwijze aanwezig zo een vermogensverschuiving plaats vindt tussen (meestal van goederen gescheiden) echtgenoten en niet blijkt dat de echtgenoot die verrijkt werd een tegenprestatie in kapitaal heeft geleverd.

Schikkingen die door echtgenoten getroffen worden mogen niet geïsoleerd bekeken worden maar maken deel uit van een groter geheel van (al dan niet expliciete) afspraken tussen echtgenoten o.m. inzake taakverdeling in het gezin (zie hierover ook Puelinckx- Coene, M., „Op zoek naar de draad van Ariadne in het doolhof van beschikkingen tussen echtgenoten'', *T.B.B.R.*, 1992, 5-29).

117. Verschillende suggesties worden gedaan om dan de kwalificatie als schenking te weren.

Zo wordt meer en meer aangenomen (zie verder nrs. 143, 148, 150) dat niet van vrijgevigheid kan gesproken worden en dus al evenmin van een schenking, wanneer de getroffen schikking kadert binnen de bijdrageverplichting in de lasten van het huwelijk in de zin van artikel 221 B.W. Nodig is dan wel dat de echtgenoot aan wie het beweerde voordeel toekomt zelf ook naar vermogen bijgedragen heeft in de lasten van het huwelijk (Remon, C., „Donations et créances entre époux séparés de biens'' in *La pratique du partage judiciaire*, Koninklijke Federeatie van Belgische Notarissen (ed.), 1987, (75-101), 94).

Soms beschouwt men de getroffen schikking als een vergoeding voor de (buitengewone) prestaties die die echtgenoot (meestal de vrouw) in de huishouding leverde of/en voor haar onbezoldigde werkprestaties in de beroepsaktiviteit van de man. Men spreekt in dat verband wel eens van de uitvoering van een natuurlijke verbintenis.

Deze rechtspraak zoekt naar een evenwichtige oplossing o.m. van aard „de koude uitsluiting'' van de niet beroepsactieve echtgenoot te vermijden bij echtelijke moeilijkheden tussen van goederen gescheiden echtgenoten.

Dit is een tendens die nog duidelijker tot uiting komt in de buurlanden (zie HR., 4 december 1987, *N.J.*, 1988, 610, noot Luyten; Cass. Fr., 24 oktober 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19220, noot Patarin; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 141; Cass. Fr., 10 juli 1979, *Rép. Defrénois*, 1980, 44, noot Ponsard; Cass. Fr., 25 februari 1981, *J.C.P.*, 1981, II, 265; zie ook Verbeke, A., „Redelijkheid en billijkheid in het huwelijksvermogensrecht: een rechtsvergelijkende benadering'', *R.W.*, 1990-91, (1315-1321), 1317).

118. Dé vraag is dan wel (zie ook verder nr. 152) vanaf wanneer een algemeen aanvaardbare morele verplichting in hoofde van de man bestaat om zijn vrouw te vergoeden en hoever deze verplichting mag reiken wil men niet, via deze vage begrippen, bepaalde dwingende regels omzeilen, als de reserveregeling, de herroepelijkheid ad nutum van schenkingen tussen echtgenoten, enz ...

Het is eens te meer een feitenkwestie. De omstandigheden van de zaak spelen dus een belangrijke rol, als bv. andere gunstige regelingen die reeds voor die echtgenoot getroffen werden, de omvang van de geleverde prestatie, de verhouding tussen deze prestatie en de vergoeding, de levensstandaard van de echtgenoten, de bedoeling van de echtgenoten.

De strenge uitspraken uit deze periode golden telkens gevallen waar de rechter blijkbaar vond dat de echtgenoten te ver gingen in hun ijver de langstlevende onder hen goed te verzorgen, of dat de man de gepresteerde diensten van zijn vrouw te gul had beloond en dit ten nadele van kinderen uit een vorig huwelijk (zie bv. Antwerpen, 12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 1039, noot Puelinckx-Coene (besproken onder nrs. 133 e.v.) en Brussel, 13 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 10; dit arrest werd — maar niet op dit punt — verbroken door Cass., 15 november 1990, besproken onder nr. 171).

Maar misschien toch dit. Vergoeding van diensten die door vreemden werden gepresteerd wordt geacht ten bezwarende titel te zijn gebeurd. Alhoewel ook hier voor het uitgegeven geld geen kapitaalsgoed terugkomt in het vermogen van de betaler en diens vermogen dus in feite verkleint, beweert niemand dat de reservatair tegen dergelijke handeling moet beschermd worden of dat de betaler achteraf hierop mag terugkomen.

Ook binnen een (feitelijk) gezin komt het geregeld voor dat door een van de partners onbezoldigde prestaties worden geleverd in de huishouding, de opvoeding van de gemeenschappelijke kinderen en/of op een onbezoldigde wijze wordt meegewerkt in de beroepsaktiviteit van de partner.

Wanneer deze prestaties door een ingehuurde persoon worden geleverd denkt niemand er aan het bezwarend karakter van de vergoeding in twijfel te trekken. Moet het anders zijn wanneer deze diensten worden gepresteerd door een persoon waarvan men houdt?

Men moet uiteraard redelijk blijven. Als regel zou men kunnen aannemen dat, zo de economisch zwakkere partner zijn taken behoorlijk vervuld heeft, in principe een gelijke verdeling van de aanwinsten niet onredelijk is en tot beloop daarvan vermogensverschuivingen ten voordele van de economisch zwakkere partner niet als een schenking mogen gekwalificeerd worden (vgl. ook verder nrs. 453 e.v.).

4) Onherroepelijkheid

a. Potestatieve voorwaarde

119. De schenker moet zich onherroepelijk van het geschonkene ontdoen.

Dit betekent dat hij zich niet door middel van bepaalde bedingen die in de schenking worden ingelast, het recht mag voorbehouden op zijn schenking terug te komen. „Donner et retenir ne vaut''.

Dergelijke mogelijkheid behoudt hij zo hij een potestatieve voorwaarde inlast d.w.z. een voorwaarde waarvan de uitvoering van zijn enkele wil afhangt (art.944 B.W.).

In de rechtsleer (De Page, VIII, nr. 315; Delnoy, P., *Précis*, nr. 29; Raucent, L., *Les libéralités*, 106) wordt geleerd dat hiermee, in tegenstelling tot het gemene recht (art. 1174 B. W.), niet alleen de louter potestatieve (opschortende) voorwaarde maar ook de gewoon potestatieve (opschortende of ontbindende) voorwaarde wordt bedoeld (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 555, nr. 18).

De loutere of zuivere potestatieve voorwaarde hangt uitsluitend af van de wil van diegene die zich verbindt (en komt in de practijk zelden voor), terwijl de gewoon potestatieve voorwaarde gedeeltelijk van diens wil afhangt maar ook van bepaalde gebeurtenissen of van de wil van een onbepaalde derde (over dit onderscheid zie Delnoy, *Précis*, nr. 29.2; Van Gerven, W., *Verbintenissenrecht*, dl. 2, Leuven, 1988, 112; De Page, I, nr. 155 bis).

120. Als voorbeeld van een gewone potestatieve voorwaarde wordt nogal eens gegeven: de schenking aan een dienstbode op voorwaarde dat deze tot aan het overlijden van de schenker in diens dienst blijft (Rb. Arras, 15 februari 1888, *D.*, 1988, 2, 85).

In de te bespreken periode werd nu precies de geldigheid aangevochten van een schenking, die gedaan was op voorwaarde dat de begiftigde zijn diensten bij de schenker zou voortzetten en maandelijks een staat van zijn ontvangsten en uitgaven zou voorleggen.

Het Hof van Cassatie (26 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 2325; *Pas.*, 1984, 1, 578) achtte de schenking geldig: „Overwegende dat ... de schenking niet was gedaan onder een louter potestatieve voorwaarde, doch onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kon beletten''.

Het is niet meteen duidelijk aan welke voorwaarde het hof dacht bij de zinsnede „doch onder een voorwaarde waarvan de schenker de verwezenlijking niet door zijn enkele wil kon beletten''. Moet men aannemen dat het hof in casu (en in de lijn van de vroegere beoordeling door rechtspraak en rechtsleer) van oordeel is dat het hier niet om een „louter'' maar wel om een „gewoon'' potestatieve voorwaarde gaat? Maar dit zou impliceren dat het hof de strenge opvatting verwerpt dat ook „gewoon'' potestatieve voorwaarden door art. 944 B.W. worden geviseerd.

Delnoy (Overzicht, *J.T.*, 1989, nr. 32) verklaart dit toch enigzins verrassend arrest in die zin dat de schenking gebeurde om de begiftigde aan te sporen zijn diensten verder te zetten en rekening af te leggen. De voorwaarde zou

dus eerder een last zijn (zie ook verder nr. 232), waarvan de uitvoering uitsluitend afhing van de wil van de begiftigde.

Maar terecht werd opgemerkt dat deze voorwaarde, hoe dan ook, tot gevolg had dat de schenker de schenking ongedaan kon maken door de begiftigde te ontslaan (Raucent, Examen, *R.C.J.B.*, 1989, 685, nr. 24; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 894 B.W.", *Comm. Erf.*, nr. 22). Of het tot dergelijk ontslag zou komen hing van omstandigheden af **en** van de wil van de schenker.

b. Behoud van recht van beschikking over de geschonken zaak

121. De schenker mag zich omwille van de essentiële onherroepelijkheid van de schenking, al evenmin het recht voorbehouden te beschikken over een zaak die in de schenking begrepen is (art. 946 B.W.; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 558, nr. 23).

Dat doet een schenker wanneer hij gelden overschrijft naar een bankrekening die op zijn naam en die van de begiftigde geopend werd. Hier heeft dan immers geen onherroepelijke eigendomsoverdracht plaats (Cass. Fr., 17 april 1985, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 110, nr. 23432; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 558, nr. 23).

De rechtbank van Leuven (11 juni 1991, *T. Not.*, 1992, 139) kan dan ook moeilijk gevolgd worden wanneer zij enerzijds beweert dat ouders die gelden storten op het spaarboekje van hun kinderen niet de bedoeling hebben zich definitief van dit geld te ontdoen en anderzijds te beweren dat dergelijke manier van sparen een schenking op termijn uitmaakt van het batig saldo van het spaarboekje op het ogenblik van de meerderjarigheid van het kind.

Ook bij een schenking op termijn moet op een onherroepelijke wijze afstand gedaan worden van de rechten die de schenker op de geschonken zaak heeft en dan reeds moet de vrijgevigheidsbedoeling bestaan (handgift op termijn is trouwens helemaal onmogelijk; zie verder nr. 192).

De rechtbank is evenwel van oordeel dat de animus donandi van de ouders slechts bestond op het ogenblik van de meerderjarigheid, wat dus betekent dat de schenking pas op dat ogenblik tot stand kwam en dan inderdaad op een onherroepelijke wijze en met het batig saldo als voorwerp.

Vraag is dan wel of die schenking qua vorm geldig gebeurde en waarom de ouder rekening diende af te leggen van de voordien afgehaalde gelden.

122. Dat via stortingen op het spaarboekje van hun minderjarig kind toch een geldige schenking van de de ouders kan tot stand komen, ondanks het feit dat deze het recht behouden bedragen van deze rekening af te halen, wordt door de rechtsleer (Raucent — Staquet, *o.c.*, nr. 23) op volgende gronden verdedigd. Dit recht achteraf gelden te kunnen afhalen is geen persoonlijk recht dat aan de ouders toekomt in eigen naam, maar als vertegenwoordigers van hun minderjarig kind. Wanneer de ouders gelden afhalen treden zij op in

naam van de begiftigde! Daarom moeten de ouders deze gelden aanwenden in het belang van het kind en hierover ook later rekening afleggen (Rb. Leuven, 11 juni 1991, gecit.).

5) Invloed van de kwalificatie gegeven door partijen

123. Opdat van een schenking zou kunnen gesproken worden is het niet nodig dat de partijen hun overeenkomst alsdusdanig hebben gelibeleerd. Voldoende is dat het hun bedoeling is dat er een vermogensverschuiving animo donandi gebeurt.

Wanneer tussen de erfgenamen van een weduwe (die door haar man tot algemeen legataris was aangesteld) en de erfgenamen van haar man (die door haar niet bij testament werden bedacht) overeengekomen wordt de goederen van deze nalatenschap bij gelijke delen te verdelen, dan houdt dit een kosteloze afstand in door de erfgenamen van de weduwe van hun gerechtigheden in de nalatenschap, afstand die als een schenking dient gekwalificeerd te worden (Rb. Dendermonde, 8 maart 1990, *T. Not.*, 19; vgl. Cass., 5 november 1976, *R.C.J.B.*, 1979, noot Van Quickenborne; *R.W.*, 1977-78, 440, noot Tielemans). Of het bovendien nodig was dat deze afstand animo donandi gebeurde wordt door de rechtbank evenwel niet gepreciseerd.

124. Anderzijds kunnen zowel derden als de partijen zelf (Brussel, 10 maart 1982, *R.W.*, 1983-84, 2826, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 41) aantonen dat een overeenkomst die uitdrukkelijk een schenking genoemd werd verkeerdelijk (en dus niet bewust) als dusdanig werd gekwalificeerd. Zij kunnen zich dan beroepen op de werkelijke wil van partijen, die zij met alle middelen van recht mogen bewijzen (Rb. Brugge, 10 maart 1987, *R.W.*, 1988-89, 53, noot Puelinckx-Coene).

In casu had een dochter bij akte schenking afstand gedaan van de blote eigendom van een appartement ten voordele van haar moeder die er de vruchtgebruikster van was en die destijds de aankoop in zijn totaliteit had gefinancierd. Deze afstand gebeurde nadat de dochter gehuwd was en vier maanden zwanger van haar eerste kind. Dit appartement werd na de dood van de moeder met medewerking van deze dochter bij veiling toegedeeld aan een andere dochter, die het achteraf aan derden verkocht. De eerste dochter beweerde enkele jaren later (wanneer bleek dat het appartement heelwat in waarde gestegen was) dat ingevolge het intussen afgeschafte art. 960 B.W. door de geboorte van haar kind haar schenking aan haar moeder van rechtswege herroepen was, de daaropvolgende veiling en verkoop nietig waren en het appartement in haar vermogen diende terug te komen.

Zij wordt door de rechtbank in het ongelijk gesteld op grond van een zeer spitsvondige redenering. De rechtbank is van oordeel dat door de financiering destijds door de moeder van het aandeel van de dochter in de aankoopprijs van het appartement (en ze acht het niet bewezen dat deze animo donandi gebeurde, zie hoger nr. 113) een schuld is ontstaan in hoofde van

de dochter. Na haar huwelijk heeft deze die schuld willen aflossen door gewoon datgene wat door haar moeder was voorgeschoten te retourneren. Ze deed dit niet door betaling van een geldsom maar door afstand van de blote eigendom, deze afstand houdt een inbetalinggeving in en geen schenking.

§ 2. Enkele toepassingsgevallen

1) Algemeen

125. Het is niet altijd gemakkelijk uit te maken of een overeenkomst of een rechtshandeling, die zich niet als een schenking aandient, niet in feite een (rechtstreekse, onrechtstreekse of vermomde) schenking inhoudt (zie reeds hoger nr. 123). Wie evenwel beweert dat het om een schenking gaat moet dit bewijzen (Rb. Brussel, 25 april 1986, *Pas.*, 1986, III, 79; *J.T.*, 1987, 488; *Rev. R. D.*, 1987, 266; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 296, nr. 23612; Rb. Antwerpen, 6 maart 1990; *R.W.*, 1991-92, 545; vgl. Antwerpen, 20 december 1989, *T. Not.*, 1990, 194).

Een duidelijk criterium om uit te maken of we al dan niet met een schenking te maken hebben is er eigenlijk niet. Met Planiol en Ripert (V, nr. 340; zie ook Delnoy, *Précis*, nr. 9) kan men stellen dat naar gelang de in het spel zijnde belangen de houding van de wetgever en de rechtspraak verschillend zijn. Het begrip schenking wordt soms ruim geïnterpreteerd om rechtshandelingen, die men (op dat moment) gevaarlijk vindt, te bestrijden en eng geïnterpreteerd om handelingen, die men nuttig acht te valideren.

Als belangrijk argument wordt hierbij het al dan niet aanwezig zijn van een vrijgevige bedoeling uitgespeeld. Of die er was moet bewezen worden en dat is een feitenkwestie, waarmee men alle kanten uit kan. Rechtspolitieke bekommernissen, als de bescherming van de reservatairen en nu ook de positieve of negatieve waardering van het feitelijk gezin (zie ook hoger nrs. 71 e.v.) spelen hierbij een grote rol (Van Quickenborne, M., „Wederkerige giften'', dit tijdschrift, 1975, (689-714), nr. 32).

126. Dit komt zeer goed tot uiting bij de beoordeling van clausules die niet tot voordeel strekken van één van de bedingers, maar wederkerig door beide bedongen werden ten voordele van de langstlevende onder hen. Zo men aanneemt dat deze personen altruïstisch en animo donandi handelden, uit zorg voor het lot van de andere in geval van eigen vóóroverlijden en ieders beschikking dus juridisch onafhankelijk staat van de andere, leidt dit tot het besluit dat het om een wederkerige schenking gaat.

Vindt men daarentegen dat deze personen eerder egoïstisch geïnspireerd waren en dus in de eerste plaats bekommerd om hun eigen lot in geval ze langst zouden leven en elke toebedeling slechts gebeurt omdat de andere tot een gelijkaardige tegenprestatie bereid is, gaat het om een handeling ten bezwarende titel (zie Van Quickenborne, *o.c.*, nr. 31).

Men neemt in dit laatste geval niet alleen aan dat er geen vrijgevigheidsbe-

doeling was, maar men aanvaardt zelfs dat er geen verarming is of liever dat er wel een evenwaardige tegenprestatie is. Elk ging immers akkoord om het beding in het voordeel van de andere te laten spelen omdat het ook in zijn voordeel kan spelen en ieder een gelijke kans heeft te winnen. Wie dit zal zijn wordt door het toeval bepaald.

Uit een overzicht van rechtspraaak en rechtsleer van deze periode blijkt dat de houding t.a.v. de verschillende clausules niet dezelfde is en veel afhangt van de identiteit van de bedingers. Men kan dan ook moeilijk spreken van een coherente benadering.

2) Beding van aanwas

127. Een voorbeeld van dergelijke clausule die in het voordeel van de langstlevende van de bedingers wordt afgesloten is het beding van aanwas en de daarmee verwante tontine.

In de te bespreken periode was er vooral in de rechtsleer hierover heel wat te doen (zie o.a. Bouckaert, F., „Tontine, een rechtsfiguur uit grootvaders tijd'', *T. Not.*, 1982, 241- 247 en „Un procédé juridique oublié: la tontine'', *Rev. Not. B.*, 1983, 570-584; „De tontine en de notariële praktijk'' in Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (ed.), *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen 1992, 227-305; De Wulf, C., „Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van aanwas en tontine'' in *Notariële actualiteit. Familierecht en familiaal vermogensrecht,* 1991; Jungers-Poiré en Culot, „La tontine en droit fiscal: sommaire, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, 9, nr.24051; *La tontine*, Studiedag U.C.L., 1 december 1990; Rasson, G., „Tontine. Aspects civil et fiscal'', *Rev. Not. B.*, 1990, 286-320; Weyts, L., „Met z'n tweeën'' in Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (ed.), *Eigenaar worden van een woning*, Notariële dagen 1987, 73-115).

Beide benamingen worden wel eens door elkaar gebruikt en soms ook als synoniemen beschouwd (zie bv. Antwerpen, 10 februari 1988, *T. Not.*, 1989, 436; *Rev. Not. B.*, 1988, 437). Al deze bedingen hebben gemeen dat een goed door verschillende personen wordt verworven, die elk een deel van de prijs betalen maar dat het goed uiteindelijk in zijn totaliteit (in volle eigendom of in vruchtgebruik) toekomt aan de langstlevende onder hen.

Deze bedingen werden vroeger vooral gebruikt tussen leden van eenzelfde kloosterorde en tussen samenwonende ongehuwde broers en zusters. Ook van goederen gescheiden echtgenoten doen er al eens beroep op. Maar het gebruik ervan wordt de laatste tijd vooral aangeraden bij gezamelijke aankoop door samenwonende paren met de bedoeling het aangekochte goed in zijn totaliteit aan de langstlevende te laten toekomen.

Niet alleen wordt daarom bepleit dat deze clausules, mits zorgvudige formulering, geldig zijn, maar ook dat het om een handeling ten bezwarende titel gaat. Zodoende tracht men zowel aanrekening op het beschikbaar deel als betaling van de hoge successie- of registratierechten die tussen derden

gelden, te vermijden (zie Taymans, J.-F., Gahylle, G., en Paoli-Clause, D., „Le statut des biens acquis par deux concubins'', *Rev. Not. B.*, 1987, 577.

Alhoewel deze clausules aanleiding gaven tot diverse juridische problemen, wordt in het bestek van dit overzicht alleen ingegaan op de vraag of dergelijke bedingen als een (wederkerige onrechtstreekse) schenking dienen gekwalificeerd te worden dan wel als een handeling ten bezwarende titel.

128. Meestal wordt gesteld dat tontine en aanwasbeding in principe kanscontracten zijn en bijgevolg overeenkomsten ten bezwarende titel (art. 1104, tweede lid; artikel 1106 B.W.). De motivering is klassiek: de evenwaardige tegenprestatie bestaat in de gelijke kans op winst of verlies van de partijen die afhangt van een toevallige gebeurtenis, het overlijden (Antwerpen, 10 februari 1988, gecit.; Cass. Fr., 3 februari 1959, *D.*, 1960, 592, noot De la Marnierre, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1962, 352, nr. 20522; Rb. Parijs, 17 september 1990, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, 139, nr. 24081, noot; Le Hon, A., „Reversion d'usufruit et accroissement entre époux, droit fiscal, droit civil'', *Rev. prat. not.*, 1958, (309-325), 319; Rasson, *o.c.*, 301; Raucent, „La clause d'attribution de l'usufruit au survivant des époux, *Rev. Not. B.*, 1971, 364; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 893'', nr. 82; Weyts, *o.c.*, nr. 5).

Wel wordt daarbij gepreciseerd dat een kanscontract slechts vermoed wordt onder bezwarende titel te zijn aangegaan en dit vermoeden weerlegbaar is op grond van ongelijke kans (Casman, 185, nr. 526; Pintens, W., „Vrijgevigheden tussen concubanten'' in Senaeve, P. (ed.), *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, 1992, (181-206) 195, nr. 323). Feitelijke omstandigheden kunnen inderdaad de alea in grote mate verminderen of zelfs uitsluiten, als bv. verschil in leeftijd of gezondheidstoestand of het feit dat alleen één deelgenoot de prijs betaalde (Dumortier, B.H., „Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1986 (653-691), nr. 102; Van Quickenborne, M., nr. 35). Vandaar het voorstel om — om toch het bezwarend karakter te vrijwaren — via aangepaste formules de hogere kansen van de jongere partner te neutraliseren door hem een hoger aandeel in de aankoopprijs te laten betalen (zie de uitgewerkte formules door Ledoux, J.L., Kupper, J.M. en Philippe, C., „Introduction actuarielle'' in *La tontine*, studiedag U.C.L., 1 december 1990, 4 e.v. overgenomen door Grégoire, M., „Economische aspecten van de tontine „ in „De tontine en de notariële praktijk'' *o.c.*, 269-274; zie ook het voorstel Weyts, *o.c.*, nr. 5 en de kritiek hierop van Rasson, *o.c.*, 300).

Het hof van beroep van Antwerpen (10 februari 1988, gecit.) achtte nochtans de kansen van de verschillende partijen bij (een weinig klassiek, maar geldig bevonden) beding van aanwas evenwaardig, ondanks het feit dat deze bij het afsluiten 57, 46 en 27 jaar oud waren, het ging resp. om een zuster, een broer en de dochter van een vóóroverleden broer (vgl. Cass. Fr., 11 januari 1983, *D.*, 1983, 501, noot Laroumet).

Het hof oordeelde dat verschillende factoren de overlevingskansen bepalen,

zoals het uitgeoefend beroep en de gezondheidstoestand; zo was in casu niet aangetoond dat de overleden broer reeds ziek was bij het opstellen van de akte.

Het hof relativeerde het opgeworpen argument van het grote leeftijdsverschil door vlak weg te stellen dat het niet bijzonder groot was en dat bovendien de broer, die elf jaar jonger was dan zijn zuster, eerst was gestorven. Bij gebreke aan andere gegevens met betrekking tot de partijen, waardoor tot een onevenwicht van hun kansen diende besloten te worden en omdat nergens een spoor was van vrijgevigheid of vermomde schenking, besloot het hof tot het bezwarend karakter van het aanwasbeding.

Het hof aanvaardde dus wel in principe de mogelijkheid dat een aanwasbeding een schenking kan inhouden, maar blijkbaar alleen in uiterst uitzonderlijke gevallen.

129. Uit de evenwaardigheid van kansen, hoe streng of hoe soepel men dit ook interpreteert, volgt dus meteen en zonder betwisting, het bezwarend karakter van het beding. Maar betekent dit ook dat zo de kansen ongelijk zijn men noodzakelijkerwijze met een schenking te maken heeft? De meeste auteurs lijken die mening toegedaan en stellen dat de gelijkheid van kansen te overleven in principe betekent dat ze in de overlevingstabellen op dezelfde plaats voorkomen.

Opdat van een handeling ten bezwarende titel sprake kan zijn, is nochtans niet vereist dat de prestatie van de ene partij objectief gelijkwaardig is aan deze van de andere partij. Vereist en voldoende is dat zij subjectief gelijkwaardig geacht wordt. Men kan slechts van een schenking spreken zo de partijen animo donandi gehandeld hebben (zie hoger nrs. 112 en 126) en dit is, zoals herhaald gezegd, een feitenkwestie.

Het bestaan van de vrijgevigheidsbedoeling wordt gemakkelijker (maar ten onrechte, zie nrs 116 e.v.) aanvaard zo de clausule tussen echtgenoten bedongen werd en wel omwille van de genegenheidsrelatie (Van Quickenborne, nr. 32 met nuanceringen; ook de fiscale administratie vermoedt tot bewijs van het tegendeel dat aanwasbedingen tussen echtgenoten uit vrijgevigheid bedongen werden, maar met de bedoeling dat het gunstiger schenkingsrecht en niet het verkooprecht geheven wordt; Weyts, *o.c.*, 86; Culot, A., „La tontine en droit fiscal'' in „De tontine en de notariële praktijk'' *o.c.*, (294-305), 304).

Tussen niet-echtgenoten moet in principe de animus speculandi vermoed worden. Dit zou volgens sommigen (Weyts, *o.c.*, 80) met name het geval zijn tussen samenwoners.

Maar ook tussen samenwoners bestaat een bijzondere genegenheidsrelatie en het is juist omwille daarvan dat tussen echtgenoten, de animus donandi zo gemakkelijk wordt aangenomen (vgl. De Wulf, C., *o.c.*, *Not. Actualiteit*, 106)! Wel lijkt het mij dat ook hier onder omstandigheden en ondanks de genegenheidsrelatie de vrijgevigheidsbedoeling kan ontbreken. Het is bv. bij

gebreke aan elk erfrecht tussen concubanten, niet onwaarschijnlijk dat voor de oudere partner de (statistisch kleinere) kans die hij verkrijgt om bij zijn overleven eigenaar te worden van het ganse goed, opweegt tegen het verlenen van diezelfde (maar statistisch grotere) kans aan de jongere partij. Ook voor hem is het bv. van groot belang dat, in de toch niet uitgesloten hypothese dat zijn jongere partner eerst zou sterven, hij ongestoord in de samen aangekochte woning kan blijven verder wonen. Hiervoor is hij bereid een hoge prijs te betalen (vgl. de verkoop tegen te lage prijs; zie ook Dupeyroux, *o.c.*, nr. 144: „il y a acte à titre onéreux en cas d'équivalence objective ou subjective des sacrifices antagonistes'').

130. Wat de werkelijke bedoeling van partijen was, kan eventueel afgeleid worden uit de clausules van de akte, alhoewel de rechter niet steeds overtuigd is dat deze hun werkelijke bedoeling vertolken (zie Antwerpen, 12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 1039, noot Puelinckx-Coene).

Dat dit niet het geval is moet nochtans aangetoond worden door wie dit beweert.

131. Anderen (Casman, „Overeenkomst na verkrijging'' in „De tontine en de notariële praktijk'' *o.c.*, (239-244), 243) verantwoorden het bezwarend karakter van het aanwasbeding tussen concubanten (en a fortiori dus ook tussen van goederen gescheiden echtgenoten) op een andere manier.

Tussen concubanten ontstaat, tengevolge van een langdurige samenleving een natuurlijke verplichting om voor de langstlevende onder hen te zorgen en de onbezoldigde taken die in de gezamenlijke huishouding werden vervuld, te vergoeden (vgl. hoger nrs. 117 e.v. en de nuanceringen daar). Via een aanwasbeding kan deze natuurlijke verbintenis worden omgezet in een burgerrechtelijke verbintenis. (Zij raadt bovendien aan dit expliciet in de akte te vermelden).

Of, zo men dit principe aanvaardt, het nodig blijft (zoals zij voorstelt) het eventuele onevenwicht in de kans te overleven te neutraliseren door een groter aandeel in de betaling van de prijs, is een andere vraag.

Onder omstandigheden kan dan zelfs bij pertinent ongelijke kansen het betalen van de helft van de prijs, of zelfs van de ganse prijs een billijke vergoeding uitmaken van die onbezoldigde diensten!

3) Beding van terugvallende lijfrente

132. Een andere clausule die wederkerig kan bedongen worden door twee of meer personen ten voordele van de langstlevende onder hen, is het beding van terugvallende lijfrente. We hebben het hier over de variante waarbij een goed door medeëigenaars wordt vervreemd tegen betaling van een lijfrente, die zonder vermindering zal moeten uitbetaald worden tot aan de dood van de langstlevende. Ook dit complexe procédé is bron van tal van problemen maar ook nu wordt hier alleen ingegaan op de vraag van de kwalificatie (en

wat in geval van schenking als voorwerp van de schenking moet beschouwd worden, zie hierover verder nrs. 166 e.v.).

133. In tegenstelling tot het beding van aanwas, waarmee de analogie duidelijk is, is het een clausule die hoofdzakelijk tussen echtgenoten wordt bedongen (al kan ze uiteraard bv. ook tussen samenwoners gestipuleerd worden). Dit is wellicht de verklaring waarom deze bedingen in de rechtspraak gemakkelijk als wederkerige onrechtstreekse schenkingen worden beschouwd, echtgenoten worden gemakkelijk vermoed animo donandi te handelen (zie nochtans nr. 143, 148 en 150).

Bovendien bood vóór de wet van 14 juli 1976 de kwalificatie als schenking de enig bevredigende juridische verklaring waarom, na het overlijden van de eerste (van onder gemeenschap gehuwde echtgenoten), de rente eigen was aan de langstlevende, zelfs al werd hiertoe een gemeenschapsgoed vervreemd.

Belgische rechtspraak terzake is schaars maar in deze periode had de rechter zich tot tweemaal toe uit te spreken over deze aangelegenheid. Telkens werd voor de kwalificatie schenking geopteerd (Antwerpen, 12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 1039, noot Puelinckx- Coene; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 324 en Rb. Antwerpen, 9 mei 1990, *T. Not.*, 1991, 389; zie ook Le Hon, „Rente viagère. Usufruit. Communauté", *Rev. prat. not.*, 1943, 326 en de constante rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie: Patarin, *J.C.C.*, art. 1091-1100, fasc. I, nrs. 87 e.v., met overvloedige verwijzingen; zie voor deze periode Cass. Fr., 25 april 1989, (impliciet), *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 401, nr. 23916).

134. Het is duidelijk — en dat wordt zowel door het Antwerpse hof als door de rechtbank aanvaard — dat zo het bedrag van de lijfrente als normaal kan beschouwd worden, de overeenkomst tussen de echtgenoten enerzijds en de renteschuldenaar anderzijds een handeling ten bezwarende titel is omwille van het aleatoir karakter. De omvang van de prestatie van de renteschuldenaar is onzeker want hangt af van een onzeker gebeuren: het overlijden van de langstlevende van de echtgenoten (vgl. Luik, 8 juni 1989, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 57).

135. Het is evenwel het terugvallingsbeding, dat de echtgenoten wederkerig ten voordele van elkaar hebben bedongen, dat als een onrechtstreekse schenking wordt bestempeld.

Vooral de rechtbank van Antwerpen (9 mei 1990, gecit.) neemt zonder veel motivering aan dat de verarming van de eerstgestorven echtgenoot zonder tegenprestatie en animo donandi gebeurde.

Toch wordt in de rechtsleer aanvaard dat ook hier de bijzondere omstandigheden van het geval belangrijk zijn bij het bepalen van de werkelijke aard van de rechtshandeling (Raucent, nr. 58).

Zo kan het terugvallingsbeding zelfs in de verhouding tussen de echtgenoten aleatoir zijn. Ook hier (zie hoger nr. 126) kunnen de echtgenoten zich eerder door egoïstische motieven laten leiden en het beding in het voordeel van de andere slechts aanvaarden in ruil voor de (gelijke) kans dat het in eigen voordeel speelt (Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E., De Mulder, W., en Luypaers, P., „Overzicht van rechtspraak (1982-88). Huwelijksvermogensrecht'', dit tijdschrift, 1990, (153-323) nr. 149; Quaghebeur, „Rente viagère créée au moyen de valeurs communes. Tête des deux époux. Réversibilité'', *Ann. Not.*, 1939, 197; Raucent en Staquet ,*o.c.*, nr. 6; Wallemacq, „Communauté et succession (Rente viagère, Réversibilité. Récompense. Usufruit successoral. Droit d'enregistrement. Impôt successoral. Impôt sur les revenues), *Ann. Not.*, 1941, 189; volgens Le Hon, A., „Reversion d'usufruit et accroissement entre époux, droit fiscal, droit civil'', *Rev. prat. not.*, 1958, (309-325), 312, zou dit zelfs de meerderheidsopvatting zijn; zo gemeenschapsgoederen werden geïnvesteerd geeft dat mogelijks aanleiding tot vergoeding, waardoor het beding weinig efficiënt wordt).

In het geval voor het hof van beroep van Antwerpen werd trouwens het beding „ten titel van toevallig beding'' gestipuleerd.

Bovendien kan ook hier de bedoeling te willen voorzien in een redelijke verzorging van de langstlevende, of haar te vergoeden voor gepresteerde diensten elke vrijgevigheidsgedachte uitsluiten (vgl. Gerlo, *Handboek huwelijksvermogensrecht*, 1992, nr. 228).

Daarbij moet na de wet van 14 juli 1976 niet langer gezocht worden naar een extra verklaring waarom de rente eigen is, zelfs zo de financiering ervan door een gemeenschapsgoed gebeurde. Art. 1400, 4° B.W. biedt hiervoor een juridische basis.

136. Het hof van Antwerpen (12 januari 1983, gecit.) was nochtans van oordeel dat het feit dat het verworven recht eigen is aan de echtgenoot, overeenkomstig art. 1400, 4° B.W., niet belet dat het verworven kan zijn via schenking.

Zich inspirerend op de wetgeving inzake levensverzekeringen (zie hierover verder nr. 144) was het hof van oordeel dat de prijs die de overleden echtgenoot had betaald kennelijk overdreven was rekening houdend met zijn mogelijkheden en dus blijkbaar de grens van de redelijke verzorging overschreden was.

De beschikking in haar geheel — en dus niet in de mate waarin ze als overdreven diende beschouwd te worden — werd als schenking gekwalificeerd.

In casu hadden een zieke man van 67 jaar en zijn 66-jarige echtgenote vijfentwintig dagen vóór het overlijden van de man een belangrijk gemeenschappelijk onroerend goed verkocht tegen beding van terugvallende lijfrente.

137. Het hof oordeelde dat het hier dan wel om een schenking buiten erfdeel ging, dus aan te rekenen op het beschikbaar deel. Dit was inderdaad het enig redelijke besluit nu het hof aanvaard had dat de man uit echte vrijgevigheid had gehandeld. De rechtbank van Antwerpen (9 mei 1990, gecit.) kan dan ook helemaal niet bijgetreden worden wanneer ze besliste dat nu de vrijstelling niet bewezen was, de schenking zelfs moest worden ingebracht! (zie hierover ook verder nr. 398).

Op die manier werd aan de toch duidelijke bedoeling van de echtgenoten beter te zorgen voor de langstlevende onder hen geen enkele betekenis gegeven.

138. Waarschijnlijk speelde in de strenge beoordeling mede dat het in beide besproken gevallen ging om een langstlevende echtgenote die opkwam met kinderen uit een vorig huwelijk. Alleen een kwalificatie als schenking liet toe de rechten van de kinderen uit het vorig huwelijk te beschermen! (zie ook hoger nr. 118 en verder nr. 168).

Deze strenge beoordeling sluit trouwens aan bij de wettelijke regeling inzake verblijvingsbedingen, een andere clausule die wederkerig tussen echtgenoten kan bedongen worden ten voordele van de langstlevende onder hen. Toekenning van het ganse gemeenschappelijk vermogen aan de langstlevende echtgenoot wordt, althans wanneer dat vermogen alleen uit aanwinsten bestaat, niet als een schenking beschouwd (art. 1464 B.W.), tenzij er kinderen zijn uit een vorig huwelijk (art. 1465 B.W.).

Daarom werd er ook voor gewaarschuwd dat gemakkelijk aanvaarden dat bij terugvallingsbedingen of bedingen van aanwas de gelijke kans op winst en verlies het om niet karakter uitsluit, kan leiden tot een discriminatoire behandeling van tweede huwelijken t.a.v. een overspelig concubinaat (Pintens, W., „Vrijgevigheden tussen concubanten'' in Senaeve, P. (ed.), *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, 1992, (181-206) 195, nr. 324; De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 106). Wel moet opgemerkt worden dat ook in deze periode opnieuw werd voorgesteld art. 1465 B.W. af te schaffen (zie Casman, H., „Suggestion de loi n° 8 relative aux droits successoraux du conjoint survivant en concours avec des enfants nés avant le marriage'', in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, 1992, 41).

4) Levensverzekeringcontract

139. De familiaalvermogensrechtelijke aspecten van de levensverzekering stonden in de te bespreken periode in de bijzondere belangstelling van de rechtsleer (zie o.a. Debouche, G., „Problèmes suscités par l'épargne-pension en matières de régime matrimonial, de divorce ou de succession'', *Rev. Not. B.*, 1987, 647-654; Dubuisson, D., „L'assurance- vie dans le droit des libéralités et des successions'', *R.G.A.R.*, 1986, 11.107 en 11.121 en *Le sort des assurances de personnes en cas de divorce ou de séparation de*

corps. Assurances-vie individuelles et assurances de groupe, Bruylant, 1990; Ernault J., *Droit de l'assurance-vie*, 1987; Facq, J., „Huwelijksvermogensrecht en groepsverzekering'', noot onder Rb. Brussel, 14 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 953; Standaert, M., „Huwelijksvermogensrecht en levensverzekering'', noot onder Brussel, 28 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 2561; X., *Droit notarial de l'assurance-vie. Aspects patrimoniaux, aspects fiscaux*, Coll. Patrimoine, VIII, Academia, Bruylant, 1989; Renchon, J.L., „Le statut des droits procédant d'un contrat d'assurance-vie'' in *Quinze années d'application des régimes matrimoniaux*, (77-164) 80; Torfs, N.,„ Pensioenverrekening bij echtscheiding'' in *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, 1987, nr. 115 en 118; Verbeke, A. „Commentaar bij art. 893'', *o.c.*, nrs. 93 e.v.; Woussen, E., „Assurances de personnes contractées pour ou par des époux mariés sous le régime matrimonial légal'', *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, (145-163), nr. 23.562).

140. Tevens werd op het eind van deze periode de oude verzekeringswet van 11 juni 1874 vervangen door de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (*B.S.*, 20 augustus 1992, 18283). Ook de bepalingen inzake de levensverzekeringscontracten werden aangepast. Sommige twistpunten, waartoe de oude regeling op het vlak van het familiaalvermogensrecht aanleiding gaf, vonden er een oplossing, niet allemaal (zie verder nrs. 143, 146, 147, 163, 248 en 251).

De bepalingen van de nieuwe verzekeringswet zijn van toepassing ook op de lopende levensverzekeringsovereenkomsten en dit vanaf zijn inwerkingtreding (art. 148 § 3), wat (o.m.) voor de bepalingen inzake levensverzekeringsovereenkomsten 21 september 1992 is (K.B. 24 augustus 1992 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *B.S.*, 11 september 1992, 19796).

Dit betekent o.m. dat wanneer een nalatenschap na 20 september 1992 is opengevallen en de decujus (wanneer ook) een levensverzekeringscontract had afgesloten, met deze nieuwe wetgeving rekening moet gehouden worden.

141. Wanneer, zoals bij een levensverzekering dikwijls het geval is, een van de partijen een voordeel geniet zonder zelf enige tegenprestatie te leveren, is de vraag wat de oorzaak van die overeenkomst is. Dit is des te meer het geval wanneer (zoals hier) hiervoor gebruik gemaakt wordt van een neutrale rechtshandeling, als het beding ten behoeve van derden. Dergelijke handeling kan zowel om baat als om niet getroffen worden.

Alle rechtshandelingen moeten een oorzaak hebben (zie hoger nr. 62). Een mogelijke en vrij voor de hand liggende verklaring, nu geen tegenprestatie bedongen werd, is dat deze rechtshandeling animo donandi gesteld werd.

Alhoewel deze animus donandi niet wordt vermoed (zie hoger nr. 112) werd traditioneel aangenomen dat een levensverzekeringscontract, afgesloten ten

voordele van een derde, die hiervoor geen tegenprestatie levert, een (onrechtstreekse) schenking inhoudt. Dat wordt des te gemakkelijker aanvaard wanneer de begunstigde de andere echtgenoot is (Bergen, 4 januari 1982, *Rev. Not. B.*, 1982, 246; Bergen, 10 januari 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 284, noot D.S.; *Pas.*, 1984, II, 89; *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 271; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 237; Rb. Luik, 15 mei 1981, *Rev. Not. B.*, 1982, 566; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 336; Dubuisson, D., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1986, 11.107 en 11.121; Facq, J., „Enkele familiaalvermogensrechtelijke aspecten van de levensverzekering tussen echtgenoten'', *R.W.*, 1982-83, (1775-1796)). Typisch is de uitlating in een oud arrest van het hof van beroep van Gent (4 juni 1938, *R.G.A.R.*, 1938, nr. 2780) dat als er één overeenkomst is waaraan een vrijgevige bedoeling kleeft het wel de levensverzekering is door een man afgesloten in het voordeel van zijn vrouw.

142. De kwalificatie als een schenking bood bovendien het voordeel — en vooral daarom werd door sommigen voorgehouden dat het steeds om een schenking ging (zie o.a. Facq en Dubuisson) — dat, in het veel voorkomende geval dat de echtgenoten gehuwd waren onder een gemeenschapsstelsel en de premies gefinancierd werden met gemeenschapsgelden, een juridische verklaring gegeven werd waarom het uitgekeerde kapitaal toch eigen was van de begunstigde echtgenoot, met alle gunstige gevolgen vandien. Deze verklaring werd lange tijd bevredigend geacht en dit is ook de reden waarom de wetgever zich in 1976 alleen bekommerd heeft om het statuut van het uitgekeerde kapitaal of rente van een levensverzekering die door een onder een gemeenschapsstelsel gehuwde echtgenoot in eigen voordeel was afgesloten (zie art. 1400, 7° B.W.).

143. Meer en meer wordt nochtans in vraag gesteld of we hier inderdaad en noodzakelijkerwijze met een schenking te maken hebben, zelfs en zeker wanneer de begunstigde de langstlevende echtgenoot is. Deze kwalificatie heeft bv. bij echtelijke moeilijkheden het soms zeer onbillijke gevolg dat de verzekeringsnemer, ongeacht de aanvaarding van de begunstigde, op zijn vrijgevigheid ad nutum kan terugkomen (zie ook verder nr. 248).

Om het bezwarend karakter van dit beding ten behoeve van derden te verantwoorden worden verschillende argumenten aangehaald.De rechtbank van Verviers (2 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 624, zie ook Rb. Luik, 15 mei 1981, *Jur. Liège*, 1981, 416; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 336; *Rev. Not. B.*, 1982, 566 en Rb. Gent, 3 september 1982, *R.W.*, 1982-83, 1813, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 302, noot) beriep zich op het intussen afgeschafte artikel 43, lid 2 van de Verzekeringswet van 11 juni 1874, zoals ingevoerd door de wet van 14 juli 1976. Dit voorziet dat de premies die door de verzekeringsnemer gestort werden niet in aanmerking komen voor inbreng en inkorting, behalve wanneer zij kennelijk overdreven zijn, gelet op de mogelijkheden van de verzekeringsnemer.

De rechtbank leidde hieruit af dat zo de premies redelijk zijn er tussen echtgenoten dus geen sprake kan zijn van een schenking.

Terecht werd deze redenering als te ongenuanceerd verworpen (zie de kritiek van Facq, J., *o.c.*, *R.W.*, 1982-83, 1791, bijgetreden door Dubuisson, *o.c.*, 11107, 6; zie ook Raucent, L., „Assurance-vie et libéralités'' in X., *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (269-280) nr. 13). De tekst zelf van art. 43, lid 2 liet dergelijke interpretatie niet toe. Het zegde alleen dat de regels van inbreng en inkorting in dat specifieke geval niet van toepasssing waren, meer niet.

Dit is ook de beperkte draagwijdte die men moet toekennen aan de opvolger van dat art. 43, lid 2, nl. art. 124 van de nieuwe verzekeringswet. Ook daar wordt gezegd dat ongeacht de begunstigde (dit kan dus ook de bijzit zijn!) de betaalde premies vrijgesteld zijn van inbreng of inkorting op voorwaarde dat ze niet kennelijk buiten verhouding staan tot de vermogenstoestand van de verzekeringsnemer.

In een arrest van het hof van beroep van Antwerpen (22 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 1167) wordt anderzijds, maar zonder verdere motivering, gesteld dat het herroepen van wederzijdse schenkingen geen betrekking heeft op het herroepen van de begunstiging die uit een levensverzekeringscontract spruit en die als een beding ten behoeve van een derde moet beschouwd worden.

144. In de rechtsleer werden verschillende argumenten naar voor gebracht om het bezwarend karakter van het beding ten voordele van de begunstigde te staven.

Zo wordt wel eens beweerd dat zo de premies redelijk zijn, de verzekeringsnemer slechts een gering deel van zijn inkomsten aanspreekt en er geen echte verarming optreedt nu alleen maar kasgeld wordt gebruikt, dat anders toch op een andere manier zou uitgegeven zijn (zie hierover uitgebreid Facq, *o.c.*, 1786, Dubuisson *o.c.*, 11107/5).

Door ons Hof van Cassatie (27 februari 1902, *Pas.*, 1902, I, 168; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1902, nr. 13646; zie ook verder nr. 385) werd nochtans de stelling verworpen dat wie inkomsten schenkt, zich niet verarmt. En zoals Raucent (*o.c.*, in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., nr. 8) het zeer beeldrijk zegt, kapitaal is niets anders dan geaccumuleerde inkomsten, kleine beekjes vormen grote rivieren!

145. Belangrijker is de stelling, mede geïnspireerd door het De Visser-Harms-arrest van de Nederlandse Hoge Raad (30 novemer 1945, *N.J.*, 1946, 72, nr. 62) dat het afsluiten van een levensverzekering tussen echtgenoten gezien moet worden als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis, als een nakoming van de verzorgingsverplichting of meer nog kadert binnen de lasten van het huwelijk (zie o.a. Baeteman e.a., „Overzicht van rechtspraak'', gecit., dit tijdschrift, 1990, 249, nr. 146; Dekkers, III, nr. 87; Casman, H., „Assurance-vie et communauté conjugale'', noot onder Luik,

20 april 1972, *Cah. Dr. Fam.*, 1973, 12; Stiénon, *o.c.*, 294; Grégoire, M., „Assurances-vie et droits des époux. Prérogatives et droits des parties'' in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (315-358), 327; Hambye, J., *Rép. Not*, tw° Les régimes matrimoniaux, nr. 123; Renchon, J.L,. „Le statut des droits procédant d'un contrat d'assurance-vie'' in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, (77-164), 80; Taymans, J.F., „Le contrat d'assurance-vie dans le contexte d'un régime de séparation de biens ou d'un ménage de fait'' in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (415), 423; Torfs, N.,,, Pensioenverrekening bij echtscheiding'' in *Vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, 1987, nr. 115 en 118; Verbeke, A., *Comm. Erf.*, „Commentaar bij art. 893,'' nr. 93).

Dit geldt althans voor zover de betaling van de premies redelijk is en binnen de perken blijft vereist voor een normale verzorging (zie nochtans de genuanceerde kritiek van Dubuisson, *o.c.*, 11107 e.v.) en niet op een andere manier reeds in die verzorging is voorzien.

146. Tot voor kort was dan wel het probleem, dat men in geval de echtgenoten gehuwd waren onder een gemeenschapsstelsel, geen juridische grond meer had om te beweren dat het gestorte kapitaal eigen werd zelfs al waren — wat meestal het geval is — de premies met gemeenschapsgelden gefinancierd.

Het argument van Renchon (*o.c.*, nr. 10) als zou art. 43, lid 3 van de afgeschafte verzekeringswet hiervoor een nuttige basis vormen, overtuigt niet.

In dit lid werd de vergoedingsverplichting geregeld „ook al is het kapitaal of de rente eigendom van de begunstigde''. Hieruit kan niet worden afgeleid dat dit kapitaal of deze rente hoe dan ook eigen zijn.

Dat dit steeds het geval is, wordt nu wel expliciet gesteld in art. 127 van de wet van 25 juni 1992. Overeenkomstig dit artikel zijn de aanspraken ontleend aan de verzekering die een in gemeenschap van goederen getrouwde echtgenoot ten behoeve van de andere echtgenoot (of van zichzelf) heeft bedongen, een eigen goed van de begunstigde echtgenoot.

Men heeft dus niet langer de kwalificatie schenking nodig om het gewenste resultaat met betrekking tot het statuut van het kapitaal te bekomen.

147. Ook onder de nieuwe wet blijft de vraag (wat ook het huwelijksstelsel weze waaronder de echtgenoten gehuwd zijn) wat de oorzaak is van deze begunstiging zonder tegenprestatie. Het is niet omdat uitgemaakt is dat een recht eigen is aan een van de echtgenoten dat meteen uitgesloten is dat dit recht via schenking kan verworven zijn (vgl. Antwerpen, 12 januari 1983, gecit., waar het hof van oordeel was dat het eigen recht van de langstlevende echtgenoot op een lijfrente, overeenkomstig art. 1401, 4 B.W., niet belet dat deze rente verworven werd via schenking, zie hoger nr. 136).

Op dit punt wordt door de nieuwe wet, evenmin als in de oude, expliciet

standpunt ingenomen. Nergens wordt gesteld dat het beding ten behoeve van de begunstigde steeds een schenking inhoudt. Wel wordt beter dan in het verleden aangeduid hoe de regels van het levensverzekeringscontract (desgevallend) met de wetgeving inzake schenkingen moeten gecombineerd worden (zie art. 121, 124, 131 van deze wet en verder nrs. 163, 248 en 251).

148. Als besluit kan men stellen dat onder de nieuwe wet, los van de dwang van het statuut van het kapitaal, uitgemaakt kan worden of het beding ten behoeve van de begunstigde door de echtgenoot/verzekeringsnemer animo donandi gebeurde.

Zo dit het geval is, is de strenge wetgeving inzake schenkingen van toepassing, evenwel met de gesignaleerde milderingen inzake inbreng en inkorting (zie hoger nr. 143).

Deze wetgeving is niet van toepassing zo de rechter overtuigd wordt dat, gezien de omstandigheden, de aanduiding van de begunstigde gebeurde in uitvoering van een natuurlijke verbintenis of kaderde binnen de lasten van het huwelijk (zie ook de preciseringen bij Taymans, J.F., „Le contrat d'assurance-vie dans le contexte d'un régime de séparation de biens ou d'un ménage de fait'', in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (415-440), 424).

Waar men terecht kan stellen dat de verzorgingsintentie van de echtgenoot/verzekeringsnemer niet volstaat om de kwalificatie schenking uit te sluiten, mag ook niet a priori aangenomen worden dat nu de weduwe een uitgebreid erfrecht werd toegekend het bedingen van een levensverzekering steeds de perken van een redelijke verzorging overstijgt. Men moet immers in concreto kijken welke de omvang van de nalatenschap is waarop deze ruime aanspraken kunnen uitgeoefend worden.

5) Betaling voor een ander

149. Wie animo donandi voor een ander betaalt, doet een schenking. Volgens sommigen gaat het dan om een onrechtstreekse schenking (Gent, 27 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 1366).

Wanneer deze schuld gemaakt werd om een goed te verwerven, wordt ook beweerd dat het om een vermomde schenking gaat (Luik, 18 november 1987, *T. Not.*, 1990, 329).

Dit verschil in opvatting houdt meestal verband met de stelling die men inneemt over de vraag wat dan het voorwerp van deze schenking is, de betaalde schuld of het verworven goed (zie hierover verder nr. 169).

150. Het is gebleken dat van goederen gescheiden echtgenoten systematisch goederen in onverdeeldheid aankopen. Dikwijls gebeurt de financiering van deze onverdeelde eigendom geheel of op overwegende wijze door één van de partijen, meestal de man. Bij echtelijke moeilijkheden beweert deze dan dat

hij zodoende een schenking aan zijn echtgenote heeft gedaan (wat hij wel moet bewijzen) en hij die schenking herroept.

Ook hier (zie hoger nr. 143) wordt terecht meer en meer in vraag gesteld of in dergelijke gevallen wel van een schenking kan gesproken worden. Een schenking, het weze herhaald, impliceert vrijgevigheid. Deze is niet noodzakelijkerwijze aanwezig omdat de andere echtgenoot niet effectief zijn deel gefinancierd heeft. De omstandigheden van de zaak spelen hierbij een belangrijke rol, als eventuele clausules in het huwelijkscontract over de bijdrage in de lasten van het huwelijk, de bedoeling van de partijen het goed al dan niet als een investeringsgoed te beschouwen ...

151. Om de kwalificatie schenking te weren wordt ook hier beroep gedaan op de klassieke argumenten: bijdrage in de lasten van het huwelijk en uitvoering van een natuurlijke verbintenis (zie hoger nrs. 117, 143 en 150).

Het argument van de bijdrage in de lasten van het huwelijk wordt vooral weerhouden wanneer het gaat om de financiering (zowel kapitaal als interesten) van de gezinswoning (Rb. Brussel, 25 april 1986, gecit.; zie reeds Cass., 22 april 1976, besproken in vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 568, nr. 45; zie nochtans de genuanceerde kritiek van Renard, „Séparation de biens et travail ménager'', *R.C.J.B.*, 1978, 178 en van Delnoy, Chronique, 224; vgl. Rb. Antwerpen, 8 maart 1990 (*R.W.*, 1991-92, 545) die het principe blijkt te aanvaarden t.a.v. gezinswonig maar niet t.a.v. andere goederen die als investering werden aangeschaft, vooral omdat de financiering gebeurde met de vergoeding die de echtgenoot had verkregen voor opgelopen arbeidsongeschiktheid).

Het argument dat de financiering door de ene echtgenoot een vergoeding inhoudt van de onbezoldigde (buitengewone) prestaties die door de andere echtgenoot geleverd werden, wordt vooral gebruikt bij de gemeenschappelijke aanschaf van andere goederen (Gent, 27 oktober 1988, *Pas.*, 1989, II, 85; zie ook Brussel, 6 maart 1963, *Pas.*, 1963, II, 293; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1966, 100, nr. 20907; Antwerpen, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1978- 79, 906 en de noot van Casman; contra: Rb. Hoei, 29 juni 1977, *Rev. Not. B.*, 1979, 52).

6) De natuurlijke verbintenis

152. De natuurlijke verbintenis situeert zich tussen de louter morele verplichting en de juridische verbintenis. Het gaat er om een gewetensplicht waarvan de nakoming niet juridisch afdwingbaar is (Kruithof, R. „Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen'', dit tijdschrift, 1983, 500, nr. 1; Raucent, *Les libéralités*, nr. 68; zie de nuanceringen bij Dupeyroux, *o.c.*, nrs. 317 e.v.).

Eens de natuurlijke verbintenis erkend wordt of uitgevoerd, wordt ze civielrechtelijk; op de uitvoering ervan kan niet teruggekomen worden (art. 1235, lid 2 B.W.; Gent, 13 oktober 1986, *T.G.R.*, 1986, 58; Dekkers, II, nrs. 322 en 493).

Men neemt aan dat wie een natuurlijke verbintenis uitvoert geen schenking doet. Hij verarmt zich niet want hij was reeds gehouden tot de overdracht die hij op die manier realiseert (Casman, nr. 1103; De Page, VIII, nr. 5 en 402 en overvloedige verwijzingen daar; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 893 B.W.'', *Comm. Erf.*, nr. 89; contra: Laurent, XII, nr. 355 (die er steeds een schenking in ziet) en Raucent, nr. 68, die iets genuanceerder is).

De cruciale vraag is evenwel wanneer men precies van een natuurlijke verbintenis kan spreken. Niet elke gewetensplicht doet een natuurlijke verbintenis ontstaan. Of iemand handelde omdat hij zich daar toe gehouden voelde op grond van een vrij algemeen aanvaarde zedelijke verplichting (Planiol-Ripert, V, nr. 319 spreken van un devoir de justice; Dabin (*o.c.*, *R.C.J.B.*, 1948, 87) spreekt over een verplichting die door het natuurrecht is voorgeschreven), dan wel uit edelmoedigheid, genegenheid of erkentelijkeid (devoir de charité) optrad, is niet altijd meteen duidelijk. Nochtans alleen in het eerste geval heeft men met de uitvoering van een natuurlijke verbintenis te maken, niet met een schenking (De Page, III, nrs. 56 e.v.; VIII, nr. 5; Planiol-Ripert, ibidem).

Enige houvast vinden we bij Dupeyroux (*o.c.*, nrs. 335 e.v.), die aantoont dat een gewetensplicht alleen maar aanleiding kan geven tot een natuurlijke verbintenis wanneer ze een bepaalde of bepaalbare schuldeiser heeft en een objectief bepaald of bepaalbaar voorwerp.

153. De rechtspraak van deze periode biedt enkele voorbeelden. Zo lijkt het hof van beroep van Brussel (13 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 10) het principe te aanvaarden dat onder bepaalde omstandigheden de betaling door een van goederen gescheiden echtgenoot van de prijs van een onroerend goed aangekocht op naam van zijn vrouw, kan gebeuren in uitvoering van een natuurlijke verbintenis. Wel oordeelde het hof dat dit in casu niet het geval was, nu de man stelselmatig zijn tweede echtgenote gelden ter beschikking had gesteld voor de aankoop in blote eigendom van zeven onroerende goederen (waaronder de gezinswoning) waarop hij het vruchtgebruik genoot. (Zie ook Brussel, 6 maart 1963, *Pas.*, 1963, II, 293; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1966, 100, nr. 20907; Demblon, J., noot onder Rb. Namen, 17 september 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 152; Verbeke, A., *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen, 1991, nr. 247 e.v.)

In tegenstelling tot de eerste rechter was het hof van beroep van Gent (13 oktober 1986, gecit.) van oordeel dat een vennootschap door aan een oud-beheerder een pensioen toe te kennen, gelet op de diensten die hij haar bewezen had, alleen een natuurlijke verbintenis uitvoerde en geen lijfrente ten kosteloze titel vestigde. Wel was volgens het hof nodig dat, om van een morele verplichting te kunnen spreken , het pensioen door zijn bedrag tot een redelijke waardering van deze erkentelijkheid beperkt bleef (zie ook Renauld, J. „L'octroi bénévole par une société de pensions ou de compléments de pensions à ses anciens administrateurs et préposés'', *Rev. Prat. Soc.*,

1965, (1-8), 7; vgl. Darville-Finet, Ch., noot onder Rb. Luik, 18 april 1991, *J.T.*, 1992, 83).

154. Een traditioneel twistpunt is of het verstrekken van een bruidschat in hoofde van de ouders de uitvoering van een natuurlijke verbintenis uitmaakt dan wel een schenking (pro schenking: De Page, VIII, nr. 4 en 403; Dupeyroux, *o.c.*, nrs. 379 e.v.; Savatier, R., noot onder Poitiers, 26 april 1923, *D.* 1923, 2, 121; Van Quickenborne, M., „Commentaar bij art. 1081 B.W.", nr. 6 in *Comm. Erf.*, gecit.; pro natuurlijke verbintenis: Cass., 9 november 1855; *Pas.*, 1856, I, 65; 8 mei 1890, *Pas.*, 1890, I, 97; Luik, 3 april 1947, *R.C.J.B.*, 1948, 81, noot Dabin; Antwerpen, 7 april 1987, *R.W.*, 1987-88, 199 noot D. Deli; Dekkers, III, nr. 877; Du Faux, H., „Huwelijksgift en standverschaffing, i.v.m. het nieuwe wettelijke huwelijksstelsel", *T. Not.*, 1986, (134- 141), 139).

Een tussenopvatting bestaat er in het verstrekken van een bruidschat door de ouders te zien als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis tot schenken, die wat de grond betreft toch een schenking zou zijn (zie de kritiek van Dupeyroux, *o.c.*, nr. 382 en van Verbeke, *loc. cit.*). Dit laat toe sommige strenge regels (als bv. de vormvereisten, het verbod van belofte van schenking) niet van toepassing te verklaren (zie hierover o.a. De Page, VIII, nr. 403 B; Raucent, 260 e.v.).

Het hof van beroep van Gent (27 juni 1989, *R.W.*, 1989-90, 1366) lijkt deze derde opvatting toegedaan wanneer het zegt dat wanneer ouders vrijwillig een bruidschat of een huwelijksuitzet voor hun zoon betalen zij uit vrijgevigheid handelen en deze betaling neerkomt op de uitvoering van een natuurlijke verbintenis.

7) Kosten voor bruiloft

155. De kosten voor de bruiloft worden niet als schenkingen beschouwd omdat ze een soort van sociale verplichting vormen.

Omwille van hun oorzaak en aard kan niet kan aangenomen worden dat de ouders ze als een werkelijke schenking hebben bedoeld (Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134; *J.T.*, 1987, 381; *T.B.B.R.*, 1988, 396; zie reeds Cass,. 27 februari 1902, *Pas.*, 1902, I, 168 met advies van advocaat-generaal Janssens; zie ook Delnoy, P., „L'arrêt Solvay ou quelques interrogations sur la technique de la réserve", *T.B.B.R.*, 1988, (351-366), 355).

Het hof van Brussel (27 mei 1986, gecit.) weigerde de kosten en uitgaven die de vader financierde om zijn kinderen toe te laten een huwelijk te sluiten overeenkomstig hun stand, als echte schenkingen te bestempelen. Nodig was wel, dat zoals bij gelegenheidsgeschenken (zie verder nr. 156) deze uitgaven niet overdreven waren, althans rekening houdend met de levensstandaard van de vader.

8) Gelegenheidsgeschenken

156. Om de redenen vermeld in vorig nummer worden ook gelegenheidsgeschenken, in de mate ze in verhouding staan tot de levensstandaard van de schenker niet als echte schenkingen beschouwd (Brussel, 27 mei 1986, gecit.; zie ook verder nr. 384).

9) Vergeldende schenking

157. Van een vergeldende schenking kan gesproken worden telkens een overeenkomst door de partijen als schenking gekwalificeerd wordt, maar deze in feite gebeurt om gepresteerde diensten te vergoeden (Timbal, *Les donations rémunératoires en droit romain et en droit civil français*, Toulouse, 1924, 102).

Vergeldende schenkingen zijn nochtans slechts dan geen schenkingen zo de „schenker'' op die manier bewezen diensten wil vergoeden waarvoor anders normaal een loon of honorarium wordt betaald m.a.w. die in geld waardeerbaar zijn en het geschenk in verhouding is met de som die gewoonlijk voor deze diensten kon gevraagd worden (Timbal, *o.c.*, 130; Dupeyroux, *o.c.*, nr. 340). In feite komt dit neer op de uitvoering van een natuurlijke verbintenis (Raucent, nr. 69).

Zo de betaling van de bewezen diensten niet in rechte kon worden afgedwongen en al evenmin kan beschouwd worden als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis of zo het gaat om een dienst waarvoor in het economisch verkeer geen waardeerbare vergoeding kan geëist worden, blijft de vergeldende schenking een schenking voor het geheel (Rb. Brussel, 9 maart 1990, gecit.: de bewezen dienst bestond er in dat de begiftigde ten voordele van de schenker misbruik maakte van zijn functie; in die zin ook De Page, VIII, 493; Verbeke, A., Commentaar bij art. 893 B.W., *o.c.*, nr 91; Dupeyroux, *o.c.*, nr. 340 die als voorbeeld geeft de beloning aan de persoon die de schenker het leven had gered).

10) Schuldbekentenis

158. De schuldbekentenis is een van de mogelijke middelen om een schenking te vermommen (zie hierover verder nr. 212). Dat dit het geval is moet bewezen worden. Een schuldbekentenis kan niet als een schenking worden beschouwd wanneer de waarachtigheid van de schuld op een andere wijze bevestigd wordt.

Zo weigerde het hof van Luik (28 november 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1553) in een schuldbekentenis een schenking te zien nu uit andere dokumenten bleek dat de schuldenaars een lening aangegaan hadden en er zich toe verbonden hadden deze terug te betalen, terwijl bovendien deze schuld in een eigenhandig testament werd kwijtgescholden, zo zij bij het overlijden van de schuldeiser nog niet betaald zou zijn.

11) In pandgeving

159. Zie hoger nrs. 110 e.v.

12) Huwelijkse voordelen

160. Alhoewel een vrijgevige bedoeling wellicht niet uitgesloten is wanneer echtgenoten in hun huwelijkscontract huwelijkse voordelen bedingen, worden deze nochtans in de regel niet als schenkingen beschouwd en dit op grond van de wet zelf (art. 1458 en 1464 B.W.)

In de regel, want zo de echtgenoten in deze bevoordeling overdrijven gaat het toch om een schenking. Dit doen zij wanneer zij een goed in het gemeenschappelijk vermogen inbrengen en dit vermogen bovendien ongelijk verdelen. Het aandeel boven de helft dat aan de echtgenoot wordt toegewezen aan de waarde op de dag van de verdeling, van de goederen die door de vooroverleden echtgenoot in het gemeenschappelijk vermogen werden ingebracht, wordt dan als een schenking beschouwd (art. 1464, lid 2 B.W.).

Uiteraard geldt deze regel zowel in het daar voorziene geval dat het goed bij uitdrukkelijk beding in het gemeenschappelijk vermogen werd ingebracht, dan wel er deel van uitmaakt omdat de echtgenoten een algehele gemeenschap hebben bedongen (Rb. Brussel, 12 september 1989, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 350, nr. 23 894, *T.B.B.R.*, 1990, 358).Werd het ingebrachte goed tijdens het huwelijk vervreemd en bevindt de tegenprestatie zich nog in het gemeenschappelijk vermogen bij de ontbinding van het stelsel, dan vindt artikel 1464, lid 2 B.W. toepassing op de tegenprestatie (Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving, 1988, 277, Dossier nr. 6135; Dillemans, R. *Huwelijksvermogensrecht,* nr. 79; Raucent, L. *Les régimes matrimoniaux*, nr. 954).

§ 3. Voorwerp van de schenking

1) Algemeen

161. Bij een schenking is de verrijking van het ene vermogen het gewild gevolg van de verarming van het andere, zonder dat nochtans het ene vermogen zich noodzakelijkerwijze moet verrijkt hebben met hetzelfde voorwerp, waarmee het andere zich verarmd heeft (Delnoy, P., „La donation par virement de sommes ou de valeurs mobilières'' in Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (ed.), *Les arrangemets de famille*, 1990, (113- 144), 123; zie nochtans de nuanceringen bij Raucent, *o.c.*, in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., 274).

Wanneer verrijking en verarming niet corresponderen, moet uitgemaakt worden wat precies het voorwerp was van de schenking. Dit is een niet onbelangrijke vraag want alleen, wat als voorwerp van de schenking moet beschouwd worden, vervalt bij nietigheid of herroeping, alleen daarmee

wordt rekening gehouden bij eventuele inbreng of inkorting ... (Zie ook verder nrs. 390 en 400).

Nochtans is men het zelden over het antwoord eens.

2) Levensverzekering

162. Wat is het voorwerp van de schenking bij een animo donandi afgesloten levensverzekering, het uitbetaalde kapitaal of de som van de gestorte premies? Dit is een ander traditioneel twistpunt (zie hoger nrs. 141 e.v.) t.a.v. deze rechtshandeling.De rechtbank van Verviers (2 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 624; zie ook hoger nr. 143) opteert voor de laatste oplossing, de traditionele oplossing (in die zin ook Brussel, 24 maart 1971, *Rev. Not. B.*, 1972, 25, noot Lainé; Rb. Luik, 15 mei 1981, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 336; *Rev. Not. B.*, 1982, 570; De Page, II, nr. 170; Graulich, *Théorie générale des obligations*, fasc. 1, nr. 144; Wets, „L'assurance des maris et des parents'' *Bull. Ass.*, 1958, 499; *R.P.D.B.*, tw° Assurances terrestres (contrats particuliers), compl. III, nr. 152) met de al even traditionele verwijzing naar het intussen afgeschafte art. 43, lid 1 van de Verzekeringenwet van 11 juni 1874. Dit artikel voorzag uitdrukkelijk dat alleen de premies en niet het kapitaal voor inbreng of inkorting in aanmerking komen.

Er is daarnaast ook het argument dat het recht op het kapitaal rechtstreeks ontstaat in hoofde van de beneficiaris en de verzekeringsnemer zich alleen ontdoet van de premies.

Resultaat van deze opvatting is dat, wat ook gebeure, de begiftigde het recht op het kapitaal behoudt en dus hoogstens kan verplicht worden tot teruggave van de premies.

Meer en meer wordt nochtans aangenomen dat het (recht op het) kapitaal voorwerp is van de schenking (Rb. Brussel, 24 maart 1971, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1972, 387, nr. 21626; Delobbe, F., „L'objet de la donation contenue dans une assurance vie'', *Rev. Not. B.*, 1982, (554-560), 559; Facq, „Enkele familiaalvermogensrechtelijke aspekten van de levensverzekering tussen echtgenoten'', *R.W.*,1982-83, (1775-1796), 1783; Heyvaert, A., „Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk'', dit tijdschrift, 1985, 73, nr. 88; Van Tiggelen, „Assurance-vie et régimes matrimonaux'', *De Verz.*, 1974, (5-263), 229; Lebeau, R., „De herroeping van de begunstiging in een levensverzekering na aanvaarding'', *De Verz.*, 1971, (321-349), 345; Raucent, L., „Assurance-vie et libéralités'' in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (269-280), 273; Stiénon, *o.c.*, 278; Van den Eynde, „Assurance-vie et droit successoral'' in *Droit notarial de l'assurance-vie*, gecit., (279-292), 289; zie ook uitgebreid over deze controverse Ernault, J., *Droit de l'assurance-vie*, 1987, nrs. 167 e.v.). Overtuigende argumenten van de voorstanders van deze opvatting zijn dat de daadwerkelijke verarming niet de premies betreft maar wel het recht op het kapitaal. Dit recht had evengoed in de nalatenschap van de verzekeringsnemer kunnen zitten. Dat dit niet het

geval is, is te wijten aan het feit dat hij door een bijkomend beding een begunstigde heeft aangeduid en deze begunstiging niet heeft herroepen.

Anderzijds hield het afgeschafte art. 43, lid 1 van de verzekeringenwet van 1874, door een integrale verrekening van het genoten voordeel te weren, op de eerste plaats een bescherming in van de begunstigde tegen de erfgenamen. Zodoende werd geen standpunt ingenomen over de meer algemene vraag wat het voorwerp van de schenking is. (Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 303). Dit geldt ook voor de opvolger van art. 43, nl. art. 124 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst (zie ook hoger nr. 140 en 143).

Bovendien nemen zelfs de voorstanders van de premieschenking aan dat zo de som van de premies het kapitaal overschrijdt, dan toch het kapitaal voorwerp is van de schenking.

Deze tweede opvatting sluit ook dichter aan bij de bedoeling van de verzekeringsnemer. Terecht werd opgemerkt dat zo hij alleen maar de premies wilde schenken hij evengoed een gelijkaardig bedrag op de bankrekening had kunnen storten (Facq, *o.c.*, 1785; Raucent, *o.c.*, 273).

163. Kan in art. 121 van de nieuwe verzekeringswet een bevestiging van deze tweede opvatting worden gezien?

Na gesteld te hebben dat de begunstigde door het enkele feit van zijn aanwijzing recht heeft op de verzekeringsprestaties, zegt dit artikel dat dit recht door de aanvaarding door de begunstigde onherroepelijk wordt, onverminderd de herroeping van de schenkingen overeenkomstig de artikelen 953 tot 958 en 1096 B.W.

Zodoende wordt nochtans niet gezegd wat de preciese impact is van deze herroeping, verval van het recht of terugbetaling van de premies (vgl. ook art. 131) of verwijst „verzekeringsprestaties'' eerder naar het kapitaal? Ook in de parlementaire voorbereiding vindt men daarover geen uitsluitsel (zie bv. de Memorie van toelichting, *Gedr. St.*, Kamer, (1990-91), nr. 1586/1, 101).

164. Het resultaat van deze tweede opvatting is dat bij een levensverzekeringscontract het voorwerp van de schenking niet steeds hetzelfde is. Voor deze gediversifieerde oplossing vinden we een genuanceerde verklaring bij Dubuisson (*o.c.*, 11121/6; vgl. de gediversifieerde benadering van Raucent (*o.c.*, *Droit notarial de l'assurance-vie*, 278), zij het op andere gronden). Deze auteur maakt een onderscheid op basis van het verschillend opzet dat aan de reeks strengere regels inzake giften ten grondslag ligt.

Er zijn afwijkende regels die tot doel hebben de rechtsopvolgers van de schenker te vrijwaren tegen een overdreven verarming van het vermogen, waarop ze meenden te mogen rekenen, zodat hier de correctie er kan in bestaan alleen rekening te houden met de verarming die dat vermogen onderging.

Dit is op de eerste plaats het geval bij inbreng en inkorting, maar ook zo de

aanduiding van de begunstigde gebeurde in overtreding van art. 1419 B.W. of met miskenning van een bij huwelijkscontract bedongen contractuele erfstelling (zie verder nr. 450).

Er zijn daarnaast afwijkende regels die vooral de schenker willen beschermen, de schenking meer vanuit het intentioneel aspect beschouwen en dan ook de totaliteit van het verstrekte voordeel viseren.

Daarom moet de schenker bij herroeping kunnen terugkomen op het voordeel in zijn geheel, zoals ook dit totale voordeel moet vervallen voor de schuldige echtgenoot bij echtscheiding (zie nochtans Rb. Gent, 14 november 1951, *Bull. Ass.*, 1952, 495; Rb. Gent, 3 september 1982; *R.W.*, 1982-83, 1813).

Zo is bij een ongeoorloofde gift de vrijgevige bedoeling laakbaar, zodat ook hier de sanctie de nietigheid is van het voordeel in zijn geheel.

Een gelijkaardige gediversifieerde oplossing werd aanvaard door het hof van Bergen (10 januari 1984, *Rev. Not. B.*, 1984, 284, noot D.S.; *Pas.*, 1984, II, 89; *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 271; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 237).

3) Terugvallende lijfrente

165. Bij een wederkerig beding van terugvallende lijfrente wordt door een derde, de renteschuldenaar aan (meestal, zie hoger nr. 133) de langstlevende echtgenoot een lijfrente verder gestort, waarvan het bedrag gelijk is aan de rente die tijdens het leven van beide echtgenoten aan hen samen toekwam.

Als tegenprestatie hebben de echtgenoten een goed vervreemd, naar gelang hun huwelijkscontract een gemeenschapsgoed of een goed in medeëigendom. Het vermogen van elke echtgenoot heeft zich dus verarmd. Bij het overlijden van de eerste zal nochtans niet noodzakelijkerwijze een evenwaardige tegenprestatie in diens vermogen terug te vinden zijn, terwijl anderzijds en dank zij die afstand van dat (deel van het) goed, de rente in haar totaliteit aan de langstlevende wordt verder betaald.

Als in deze regeling tussen de echtgenoten een schenking wordt gezien (wat de rechtspraak van deze periode deed, zie hoger nr. 133) wat is dan het voorwerp van deze schenking?

166. Het hof van beroep van Antwerpen (12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 1039, noot Puelinckx-Coene; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 324), hierin enkele jaren later, trouw gevolgd door de rechtbank van Antwerpen (9 mei 1990, *T. Not.*, 1991, 389) was van oordeel dat het voorwerp van deze vrijgevigheid het kapitaal is dat door de eerstgestorvene geïnvesteerd werd voor de vestiging van de rente, te verminderen met het gedeelte van het kapitaal dat dienstig was voor de uitkering van de rente die aan de eerstgestorvene tijdens diens leven werd uitbetaald.

Zo men dat aanneemt kan, zoals meteen zal blijken, het beding van terugvallende lijfrente wel een erg vergiftigd geschenk worden en best als

techniek ter verzorging van de langstevende worden afgeraden (zie hierover uitgebreid mijn geciteerde noot).

Het hof heeft blijkbaar ook hier (zie hoger nr. 136) inspiratie gezocht bij de levensverzekering waar de regel geldt dat men bij de inbreng of de inkorting van de schenking rekening moet houden met de verarming van het vermogen van de echtgenoot-verzekeringsnemer. Maar daar strekt deze regel tot bescherming van de begunstigde. Het voordeel, het uitgekeerde kapitaal is meestal groter dan het te verrekenen bedrag van de gestorte premies. Wat daar als een billijkheidsregeling kan bestempeld worden, wordt toegepast op het beding van terugvallende lijfrente, een onbillijkheidsregel.

Hier wordt het risico van de aleatoire rechtshandeling die tussen de echtgenoten en de renteschuldenaar gesloten werd gedragen door de echtgenoot-begunstigde. Hoe vlugger de andere echtgenoot overlijdt (in het geval van het hof van beroep was dit vóór de uitkering van de eerste rente) des te groter deel van het geïnvesteerd kapitaal door de langstlevende zal moeten in rekening gebracht worden. Nochtans heeft deze dan soms zelf nog maar weinig voordeel uit de overeenkomst gehaald en is het helemaal niet zeker dat de som van de bedragen die haar als rente nog zullen worden uitgekeerd ooit de waarde van het geïnvesteerde kapitaal zal bereiken!

Hier werd trouwens de analogie met de levensverzekering niet tot het einde doorgetrokken. Zoals hoger gesteld (zie nr. 162), wordt daar aanvaard dat de begunstigde nooit meer dan het genoten voordeel in rekening moet brengen, zelfs niet zo de som van de gestorte premies (en dus de verarming van het vermogen van de schenker) hoger is dan dat genoten voordeel. Trouwens wanneer de langstlevende ook vrij spoedig overlijdt is het hoofdzakelijk de koper die zich verrijkt heeft, niet de begunstigde!

167. Dat de eerstgestorven echtgenoot zijn aandeel in het (gemene of onverdeelde) goed verloor zonder evenwaardige tegenprestatie is op de eerste plaats te wijten aan het feit dat hij een kanscontract met een derde gesloten heeft. Door niemand wordt betwist — en dat wordt ook door de Antwerpse rechters aanvaard — dat het in die verhouding (althans als de uit te keren rente normaal is) om een handeling ten bezwarende titel gaat, die door de reservatairen moet geëerbiedigd worden.

De bijkomende verarming die door het stipuleren van de clausule van terugval wordt veroorzaakt is de prijs, die diende betaald te worden, opdat de derde er zich zou toe verbinden ook na het overlijden van een van de echtgenoten de lijfrente in haar totaliteit door te betalen aan de langstlevende. Dit vertaalt zich in een lagere mensualiteit. De verarming die het vermogen van de eerstgestorven door het bedingen van de clausule leed, beperkt zich dus tot de mindere inkomsten, die de eerstgestorvene omwille van het terugvallingsbeding heeft geïncasseerd.

Deze oplossing biedt het voordeel dat het te verrekenen bedrag stijgt naar gelang het effectief genoten voordeel door de begunstigde.

168. De strenge houding van het hof is waarschijlijk te verklaren door het feit dat het van oordeel was dat in casu de zieke man alleen maar in dit kanscontract had toegestemd om via het beding van terugvallende lijfrente de toekomst van zijn tweede echtgenote veilig te stellen (!), ten koste van zijn kinderen van zijn eerste huwelijk (vgl Luik, 7 november 1963, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1968, 441).

4) Koop — Schenking

169. Wanneer een goed (geheel of gedeeltelijk) aangekocht wordt op naam van een persoon, maar animo donandi gefinancierd wordt door iemand anders, heeft men dan (voor het geheel of voor een deel) te maken met een schenking van het goed of met een schenking van de prijs?

Het probleem is volgens sommigen het grootst wanneer de prijs rechtstreeks door de schenker aan de verkoper wordt betaald. Zo de schenker eerst de som ter beschikking stelt van de koper die zelf de verkoper betaalt, wordt aangenomen dat het om een handgift gaat van de geldsom (Verbeke, A., *Goederenverdeling bij echtscheiding*, 1991, 308). Anderen vinden (De Wulf, C., „Schenking van hand tot hand'' in *Exequatur van vriendschap* (31-70), 51) dit geen relevant onderscheid vindt (zie ook nr. 172).

Het betreft hier een juridische kluif, waarvan het belang in een tijd van algemene daling van de koopkracht van het geld zeer groot is. Zo alleen de som geld dient verrekend te worden is het gevaar niet denkbeeldig dat op die manier een vermogen ten koste van een ander wordt uitgehold.

Op deze problematiek werd reeds uitvoerig ingegaan in vorige overzichten (zie dit tijdschrift, 1965, 628, nr. 56; 1970, 313, nr. 333; 1985, 569, nr. 46) en stelling ingenomen voor de opvatting dat voor het antwoord op deze vraag de bedoeling van de partijen doorslaggevend is. Naargelang deze bedoeling kunnen het goed zelf, dan wel de gelden voorwerp van de schenking zijn.

Een probleem is wel desgevallend juridisch te verklaren hoe het komt dat het goed, dat nooit deel heeft uitgemaakt van het vermogen van de schenker, toch voorwerp van diens schenking kan zijn. Dit is trouwens het hoofdargument waarom traditioneel werd voorgehouden dat het geld voorwerp is van de schenking (zie o.a. De Page, VIII, nr. 415; Graulich-Laloux, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1932, 864; Minet, A., „L'objet de la donation — Achat — Achat d'un immeuble — Prix payé par un tiers — Donation de l'immeuble ou du prix'', *Rev. Prat. Not.*, 1958, 69).

170. Er was de enigszins ver gezochte maar ingenieuze constructie in twee fazen gesuggereerd door Pirson („Examen de jurisprudence (1956-1959). Successions et libéralités'', *R.C.J.B.*, 1960, 445-450, nr. 12) en die besloot tot een onrechtstreekse schenking van het goed. Eerst was er naamlening door de koper voor de schenker en vervolgens kwijtschelding door de schenker van de schuld die de koper t.a.v. hem had nl. hem het goed af te geven.

Deze stelling vond ook weerklank in de rechtspraak (zie vorige overzichten), maar niet meer in deze periode. Ze werd er integendeel frontaal aangevallen en als inefficiënt afgewezen door S. Nudelhole („Donation-achat et prêtenom'' in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, 1989, (233-245), nr. 11, bijgetreden door L. Vogel, „La donation-achat; une controverse tranchée'', noot onder Cass., 15 november 1990, *J.T.*, 1991, 518, nr. 11).

Deze auteur toont aan dat men bij naamlening met „interne vertegenwoordiging'' te maken heeft, wat betekent dat in de interne verhouding tussen de naamlener en de mandant alle rechten en verplichtingen, die ontstaan zijn uit het contract dat tussen de naamlener en de derde werd afgesloten, onmiddellijk gevestigd zijn in hoofde van de mandant. Tengevolge van deze interne vertegenwoordiging wordt dus de „schenker'' zelf en niet de „begiftigde'' eigenaar van het aangekochte goed m.a.w. naamlening heeft geen overdragend effect op de „begiftigde'' en er is dus geen schenking.

171. Een andere verklaring waarom het goed en niet de gelden voorwerp van de schenking zijn vinden anderen in de ondeelbaarheid die er in de bedoeling van partijen bestaat tussen de verwerving door de begiftigde van het goed, dat door de schenker betaald werd, en de betaling animo donandi van de gelden door de schenker.

Deze ondeelbaarheid tussen aankoop en schenking zou niet alleen een vermomming van de schenking realiseren maar bovendien ook verklaren dat de gelden alleen schijnbaar het voorwerp van de schenking zijn maar dat het werkelijke voorwerp het goed is, dat door de begunstigde verworven wordt. Het is de opvatting van het Franse Hof van Cassatie (zie o.a. Cass. Fr., 30 april 1941, *D.*, 1941, J. 324; *J.C.P.*, 1941, II, 1727, noot Voirin; Cass. Fr., 24 oktober 1977, *D.*, 1978, J. 290, noot Puisson Drocourt; zie nochtans de kritiek van Boulanger, J., „Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1950, 13, van Méau-Latour, H., *La donation déguisée en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, dl. 184, 1985, nr. 153, van Montredon, J.-F., *La désolennisation des libéralités*, Bibliothèque de droit privé, dl. 209, 1989, nrs. 249 e.v., en van Vogel, L., *o.c.*, nr. 10).

Deze stelling werd in deze periode nog gevolgd door het hof van beroep van Brussel (13 april 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 10; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 97), maar dit arrest werd verbroken door het Hof van Cassatie, dat terzake voor het eerst duidelijk standpunt innam (15 november 1990, *J.T.*, 1991, 518, noot L. Vogel; *Pas.*, 1991, I, 284; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 244, nr. 23985; *Rev. Not. B.*, 1991, 109, noot J. Em.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 94; *T.B.B.R.*, 1991, 137; zie ook de commentaar van Raucent, „La donation-achat en faveur d'un conjoint en présence d'héritiers réservataires'', *T.B.B.R.*, 1991, 120 en „Objet et cause des libéralités: les arrêts de la cour de cassation du 16 novembre 1989 et du 15 novembre 1990'' in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*'', 1991, 29-38).

172. Ons hoogste hof stelde er zeer laconisch dat „zo uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat onroerende goederen door een persoon in eigen naam werden verworven maar met gelden die hem ten kosteloze titel door zijn echtgenoot ter beschikking werden gesteld, de aldus gedane schenkingen alleen maar de betaalde gelden tot voorwerp hebben en niet de onroerende goederen''.

Dit lijkt trouwens in deze periode (opnieuw) de meerderheidsopvatting (zie ook: Brussel, 30 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1773; Rb. Marche-en-Famenne, 8 december 1986 en 13 augustus 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 255; Brussel, 27 mei 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 396, noot Delnoy; *Pas.*, 1986, II, 134; *J.T.*, 1987, 381; Nudelhole, *o.c.*; Verbeke, A., „Commentaar bij art. 893 B.W.'', *o.c.*, nr. 70; Vogel, *o.c.*, 523, die pleit voor een wetgevend ingrijpen in de zin van art. 1099-1 lid 2 van de Franse C.c.; contra: Antwerpen, 12 maart 1985, *T. Not.*, 1987, 489; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 207, nr. 23578, tenzij de begiftigden zelf een deel van de prijs betaalden, zie hierover verder nr. 448).

173. Men kan zich nochtans afvragen of ook hier niet de gediversifieerde aanpak die door Dubuisson werd uitgewerkt t.a.v. het voorwerp van de begunstiging bij een levensverzekering, kan worden overgenomen (zie hoger nr. 164).

In het geval dat het Hof van Cassatie te beoordelen kreeg, ging het er om welk bedrag voor de inkorting moest in aanmerking genomen worden. Ook in deze gediversifieerde opvatting zou dit zich beperken tot de betaalde gelden.

AFDELING 2

VORMVEREISTEN

§ 1. Akte houdende schenking

174. Elke akte houdende schenking onder de levenden moet overeenkomstig art. 931 B.W. verleden worden voor notaris in de gewone contractvorm, tenzij het om een handgift, een vermomde of een onrechtstreekse schenking gaat.

Het lijkt overdreven te beweren dat de schenking bij authentieke akte in onbruik is geraakt (zie Verougstraete, I., „De rechter en de macht'' in *Recht en macht*, Brussel, 1990 (181- 210), 187; zie integendeel over de voordelen ervan bij schenking van effecten met fiscale voordelen: Taymans, J.F., „Les donations de sommes ou de titres'' in *Les arrangements de famillle*, *o.c.*, (79-112), nr. 27)., maar toch blijken de minder formalistische vormen als de handgift, de vermomde en de onrechtstreekse schenking meer en meer gebruikt te worden (zie hierover Montredon, J.-F., *La désolennisation des libéralités*, B.D.P., dl. 209; Parijs, 1989).

Toch blijft de akte houdende schenking de gebruikelijke vorm om onroerende goederen te schenken.

Het is de schenkingsvorm die, ondanks alle formalismen, minst aanleiding geeft tot betwistingen en waarover dus weinig rechtspraak te vinden is, ook in deze periode.

175. De schenkingsakte moet verleden worden in aanwezigheid van twee getuigen (art. 9, 1° van de wet van 25 ventôse jaar XI). Deze moeten de authentieke akte niet alleen ondertekenen maar in het slot van de akte moet bovendien, overeenkomstig art. 14 van de ventôsewet en op straf van nietigheid van de schenking, door de notaris vermeld worden dat zij samen met hem en met de partijen de akte hebben ondertekend (Rb. Dendermonde, 8 juli 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, 321, goedkeurende noot C. De Busschere met overvloedige verwijzingen naar rechtsleer).

176. Wanneer door erfgenamen bij overeenkomst afstand werd gedaan van erfrechten ten voordele van personen die noch door de wet, noch bij testament tot de nalatenschap geroepen zijn houdt dergelijke overeenkomst geen onrechtstreekse maar een rechtstreekse schenking in, die nietig is wanneer niet werd voldaan aan de vormvoorschriften van art. 931 B.W. (Rb. Dendermonde, 8 maart 1990, *T. Not.*, 1990, 188).

§ 2. Handgift

1) Geldigheidsvoorwaarden

a. Algemeen

177. Handgiften zijn zeer gebruikelijk. Het is een eenvoudige vorm van schenken die nochtans dikwijls aanleiding geeft tot betwistingen. De rechtspraak terzake is ook in deze periode bijzonder overvloedig.

De handgift is niet onderworpen aan de vormvereisten opgelegd door art. 931 B.W., maar moet wel voldoen aan de grondvereisten van de schenking (Rb. Luik, 2 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 152). De handgift is zoals elke schenking, op de eerste plaats een overeenkomst. De wilsovereenstemming tussen schenker en begiftigde mag dus niet aangetast zijn door wilsgebreken (Bergen, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 356; Delnoy, Chronique, *o.c.*, 122), wilsgebreken die hier op dezelfde strenge manier beoordeeld worden als bij alle andere giften (zie hoger nrs. 17 e.v.).

178. De voorwaarden die dienen vervuld te zijn opdat een handgift geldig zou zijn gesteld, worden door de rechtspraak van de besproken periode herhaald (en in navolging van De Page, VIII, nr. 521) op een rijtje gezet (Bergen, 7 januari 1988, gecit.; zie ook Luik, 4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23.866; *Rev. Not. B.*, 1990, 88, onder datum 14 december 1988; Brussel, 24 januari 1991, *J.T.*, 1991, 540): materiële overdracht door de schenker van de geschonken zaak (1) animo donandi (2) tijdens zijn leven (3) en aanvaarding door de begiftigde tijdens zijn leven en dat van de schenker (4).

b. Traditio

179. De traditio is de handeling waarbij de begiftigde in het bezit gesteld wordt van de geschonken zaak. Deze inbezitstelling heeft tot gevolg dat de begiftigde de geschonken zaak materieel in zijn macht krijgt en zich als eigenaar kan gedragen, terwijl de schenker meteen en onherroepelijk dit recht verliest (De Wulf, C., „De schenking van hand tot hand'' in *Exequatur van vriendschap*, Liber amicorum E. Spanoghe, 1980, 36). De schenker wordt dus meteen geconfronteerd met de gevolgen van zijn beslissing. Zoals de vormvereisten bij de schenkingsakte maakt de traditio de schenker bewust van de ernst van de rechtshandeling (Méau-Lautour, *o.c.*, nr. 524) en laat ze geen enkele twijfel bestaan over wie de nieuwe eigenaar is (Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209).

De handgift is dus een zakelijk contract. De traditio is nodig voor haar bestaan zelf (Cass., 2 februari 1961, *Pas.*, 1961, I, 587, met noot; Tendler, R., „Le don manuel: une institution anachronique'', *D.S.*, 1989, Chr. 247).

180. Alle lichamelijke roerende goederen kunnen voorwerp zijn van een handgift, tenzij hun overdacht bepaalde formaliteiten vereist, zoals bv. bij boten, schepen en vliegtuigen. Auto's daarentegen kunnen wel bij handgift overgedragen worden omdat de vereiste publiciteitsmaatregelen van louter administratieve aard zijn (Tendler, R., *o.c.*, 247).

Onlichamelijke roerende goederen kunnen slechts voorwerp van een handgift zijn in de mate het recht geïncorporeerd is in de titel. Dit recht is dan als het ware vermengd met een lichamelijk roerend goed, zodat het voor materiële overdracht vatbaar is (Luik, 4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23866; De Page, VIII, nr. 520; Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français*, B.D.P., Dl. 184, 1985, nr. 519; Montredon, *La désolennisation des libéralités*, B.D.P., dl. 209, 1989, nr. 147).

Traditio is slechts mogelijk zo door de loutere overdracht, dus zonder verdere formaliteiten, de eigendom overgaat (Torfs, N., „De handgift in de rechtspraak vanaf 1970'', *Waarvan akte*, 1986, (50-56), 51). Dit is bv. niet het geval bij overdracht van een depositoboekje op naam (Luik, 4 december 1988, gecit.) van aandelen op naam (Bergen, 7 januari 1988, gecit.), van een verzekeringsportefeuille (Luik, 25 januari 1984, *F.J.F.*, 84/188) of van een spaarboekje (Gent, 18 juni 1991, *T.G.R.*, 1991, 117).

Aandelen aan toonder daarentegen en kasbons kunnen wel voorwerp zijn van een handgift.

181. Algemeen wordt aangenomen dat via een cheque aan toonder een geldige handgift tot stand kan komen (Vred. Lens, 3 november 1987, *T. Vred.*, 1987, 317; Casman, nr. 1159; Raucent, nr. 190; Dufaux, H., „Le cheque au porteur, objet de don manuel'', *Rev. Not. B.*, 1985, 482; Stiénon, P., „Burgerrechtelijke en fiscale problemen inzake handgiften'', *A.F.T.*, 1987, (93-96), 94; Taymans, *o.c.*, 82; Van Ryn en Heenen, *Principes de*

droit commercial, dl. III, nr. 1297; vgl. Arrighi, J.P., „Le don manuel par chèque'', *D.*, 1980, Chr. 165), zelfs al werd de cheque door de trekker geëndosseerd op naam van de begiftigde. Een op een cheque aan toonder voorkomend endossement maakt de titel niet tot een cheque aan order (art. 20 Chequewet; Fredericq, L., *Droit commercial*, dl. IX, 429; vgl. Cass. Fr., 24 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1976, 694 met goedkeurende opmerkingen van R. Savatier; contra: De Wulf, C., *o.c.*, in *Exequatur van vriendschap*, Liber amicorum E. Spanoghe, 1980, 41).

Een kruising van een cheque beperkt alleen de circulatiemogelijkheid d.w.z. de personen aan wie de cheque kan worden overgedragen (Van Gerven, Cousy en Stuyck, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, dl. XIII, *Handels- en economisch recht*, dl. 1, A, nr. 395) zodat de handgift van een gekruiste cheque aan toonder binnen die beperkte kring mogelijk blijft (contra: Stiénon, *o.c.*, 94).

Een cheque aan order die blanco geëndosseerd wordt, wordt een titel aan toonder en kan dus voorwerp zijn van een geldige handgift (Montredon, *o.c.*, nr. 147).

Gebeurt het endossement op naam, dan kan er sprake zijn van een onrechtstreekse schenking (De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 50; Raucent, nr. 190; Stiénon, *o.c.*, 94; Méau-Lautour, *o.c.*, nr. 519 en 522; zie verder nr. 216).

Toch dringen zich ter zake enige preciseringen op.

Zo de cheque bij aanbieding werd uitbetaald en in speciën, kan niet betwijfeld worden dat de gelden via een geldige handgift werden geschonken. De bankier heeft dan in uitvoering van de aan hem gerichte betalingsopdracht, als mandataris van de trekker, de gelden aan de begunstigde overgedragen (zie ook verder nr. 186). De traditio (van de gelden) is dan hoe dan ook op het moment van de betaling gebeurd (vgl. Arighi, *o.c.*, nr. 15). Dit heeft zelfs tot gevolg dat het dan onbelangrijk is of de cheque overdraagbaar was of niet en dat dus ook een geldige handgift tot stand kwam zo de cheque op naam was uitgeschreven van diegene die de uitbetaling ontving.

Zo de gelden niet in speciën uitbetaald werden maar geboekt op de rekening van de begunstigde, staan we voor een gelijkaardig probleem als bij de overschrijving van een rekening naar een ander (zie verder nrs. 182 e.v. en 218 e.v.).

Een andere vraag is evenwel of reeds bij het overhandigen van de cheque (al dan niet op naam van de begunstigde) een handgift tot stand komt en ruimer, of — en van wat — traditio gebeurt wanneer een bezitter van een cheque aan toonder deze animo donandi aan iemand anders overdraagt?

Alhoewel dat misschien wel de bedoeling van de partijen is, wordt door de Belgische rechtsleer aangenomen dat op die manier niet de gelden, die door de trekker bij de bankier gedeponeerd zijn en die de provisie voor de cheque (moeten) vormen, worden overgedragen en dus voorwerp zijn van de hand-

gift. Wat direct en onherroepelijk wordt gegeven of overgedragen is een document met de specifieke rechten die dit document verschaft, te weten het recht van de bankier de uitvoering van het betalingsorder te vragen door middel van de gelden die de trekker bij hem heeft gedeponeerd en binnen de grenzen van deze provisie (Du Faux, *o.c.*, *Rev. Not. B.*, 1985, 483; Delnoy, Chronique, 277; Casman, 468, vn. 4; vgl Cass. Fr., 20 november 1985, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 137 opm. Patarin; *Rép. Defrénois*, 1986, 469, art. 33700, opm. G. Champenois; en 11 juni 1991, *Rép. Defrénois*, 1991, 1134, art. 35119; Méau-Lautour, *o.c.*, nrs. 520 e.v.; Montredon, *o.c.*, nrs. 148 e.v.; Tendler, *o.c.*, 247).

Door de loutere overdracht van electronische betaalkaarten van het type Mister Cash of Bancontact komt geen handgift — en meer nog geen geldige schenking — tot stand van de gelden die op de rekening staan, waartoe de kaart toegang verleent. Ondanks de overdracht van de kaart behoudt de titularis immers het beschikkingsrecht over de gelden die op deze rekening staan (zie hoger nr. 121 en verder nr. 185).

Wel kan de titularis aan een derde de toelating geven via dergelijke kaart (en mededeling van het codenummer) gelden van zijn rekening af te halen, waardoor deze in het bezit komt van deze gelden. Nochtans kwam de beweerde begiftigde dan alleen als mandataris van de titularis in het bezit van deze gelden en zal hij moeten bewijzen dat deze hem de uitdrukkelijke toelating gaf deze gelden ten titel van schenking te behouden (Raucent, nr. 190; vgl. Stiénon, *o.c.*, 94; zie ook verder nrs 186 en 187).

182. Ook in deze periode bleef er heel wat te doen over de vraag of een overschrijving van een rekening naar een andere kan beschouwd worden als een geldige traditio.

Traditioneel was het antwoord neen. De motivering is klassiek: bij dergelijke overschrijving heeft geen overdracht van speciën plaats, maar enkel een overdracht van schuldvorderingen. Giraal geld is immaterieel en dus niet voor werkelijke overdracht vatbaar.

Deze stelling wordt in deze periode gevolgd door de hoven van beroep van Luik (4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23866) en Brussel (25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209; zie reeds Brussel, 12 december 1962, *J.T.*, 1963, 320; Brussel, 16 december 1965, *Pas.*, 1966, II, 204; Brussel, 28 juni 1967, *J.T.*, 1968, 154; zie nochtans Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134, *J.T.*, 1987, 381, *T.B.B.R.*, 1988, 396, impl.), maar ook door het hof van Bergen (5 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1026; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 232, nr. 23589) dat nochtans vroeger, naar Frans voorbeeld (zie bv. voor deze periode Cass. Fr., 17 april 1985; *D.*, 1986, 1, 21, met noot Muller, M., „Le don manuel par virement à un compte joint'') herhaald aanvaard had dat op die manier een geldige handgift tot stand komt (Bergen, 20 november 1979, *Pas.*, 1980, II, 12; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22630, noot A.C.; *R.C.J.B.*, 1984, 192, afkeurende noot P. Delnoy; Bergen, 26 november 1980, *Pas.*, 1981, II, 19; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 24,

nr. 22832, noot A.C.; *Rev. Not. B.*, 1983, 288 en Bergen, 16 juni 1982, *Pas.*, 1983, II, 5; *Rev. Not. B.*, 1982, 478, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 232, nr. 22974). Dit hof liet zich blijkbaar overtuigen door het gedegen betoog van Paul Delnoy in de noot onder het arrest van 1979.

De Vlaamse rechtbanken daarentegen (Rb. Antwerpen, 30 juni 1988, *T. Not.*, 1988, 263, noot H. Du Faux; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 263, nr. 23865; *Rev. Not. B.*, 1990, 88; Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. nr. 27.416, intussen gepubl. *T. Not.*, 1993, 166; in die zin ook Rb. Dendermonde, 21 november 1991, niet gepubl., geciteerd door J. Facq in „Over dubbelzinnige en onwaarschijnlijke handgiften'', intussen gepubl. *T. Not.*, 1993, 139-163; vgl. Brussel, 27 mei 1986, gecit.) volgen de stelling van de C. De Wulf („De schenking van hand tot hand'' in *Exequatur van vriendschap*, Liber amicorum E. Spanoghe, 1980, 41) dat een modern opgevatte traditio niet de fysieke aanwezigheid van de twee partijen vereist en de fysieke overdracht van de ene hand in de andere van de gelden, maar zich eveneens kan realiseren door middel van een bankoverschrijving. Traditio betekent inbezitstelling, door de overschrijving verliest de schenker het beschikkingsrecht over de gelden, die in de macht komen van de begiftigde (vgl. Cass. Fr., 12 juli 1966, *D.*, 1966, 1, 614, noot Mazeaud).

183. En inderdaad nu vandaag schenkingen via overschrijvingen schering en inslag zijn (men denke aan de vele stortingen t.v.v. liefdadige acties) is het onverantwoord onrealistisch en archaïsch deze ongeldig te beschouwen. Maar het is wel de vraag of het solaas noodzakelijkerwijze van de handgift moet komen.

De Page (VIII, nr. 510 en 520) oordeelde dat men hier te maken heeft met een vermomde schenking en wordt hierin in deze periode nog bijgetreden door A.C. in een noot onder Namen, 8 oktober 1984 (*Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 289, nr. 23.207). Maar wat wordt hier geveinsd? Een overschrijving is niet in wezen een handeling ten bezwarende titel (zie verder nr. 218). Zij kan zowel om baat als om niet gebeuren.

Delnoy („La qualification de la donation par virement'', noot onder Bergen, 20 november 1979; *R.C.J.B.*, 1984, 196 en „La donation par virement de sommes ou de valeurs mobilières'' in *Les arrangements de famille*, (113-144), nrs. 13 e.v) verwerpt beide kwalificaties maar toont op overtuigende wijze aan dat de overschrijving animo donandi van rekening naar rekening voldoet aan alle voorwaarden gesteld aan een onrechtstreekse schenking (zie verder nrs. 218 e.v.).

184. Wel wordt algemeen aanvaard dat de storting animo donandi van een som geld op de rekening van een derde een geldige handgift uitmaakt (De Boungne, A., „Schenkingen van hand tot hand'', *T. Not.*, 1982, (161-175), 165; De Wulf, C., *o.c.*, in *Exequatur van vriendschap*, 42 en in *Not. Actualiteit*, 59; Du Faux, H., „Hoe de 'animo donandi' gedane overschrij-

ving van rekening kwalificeren?'', noot onder Rb. Antwerpen, 30 juni 1988, *T. Not.*, 1989, 270).

185. Het klassieke traditiobegrip (in de zin van een materiële overdracht die de aanwezigheid en de verplaatsing van de geschonken zaak vereist) werd nog op een ander gebied aangepast aan de noden van een gevaarlijke maatschappij, waar het niet langer gebruikelijk en aangewezen is geld of effecten op zak te hebben.

Meer en meer wordt aangenomen dat een materiële verplaatsing niet echt noodzakelijk is, maar dat wel essentieel is dat het goed onherroepelijk buiten het bereik van de schenker en in handen van de begiftigde komt. Dit kan gebeuren door de afgifte van de documenten of andere voorwerpen die de feitelijke macht over het goed belichamen (De Wulf, *o.c.*, 38).

Zo aanvaardde men dat er een geldige traditio had plaats gevonden wanneer de schenker aan de begiftigde de sleutel overhandigd had van de bankkluis, waarin de goederen zich bevonden, die hij wilde schenken, hij hem bovendien ook het geheim toevertrouwd had en de huur van de kluis opgezegd (Luik 3 december 1986, *Rev. Not. B.*, 1988, 150; Luik, 3 oktober 1989, *Rev. Not. B.*, 1991, 347 met beamende noot L. Raucent). De schenker overhandigde hier niet louter een symbool van het geschonkene (Casman, 468) maar ook hier (vgl. hoger nr. 179) had de schenker zodoende, net als bij de materiële overdracht, onmiddellijk en onherroepelijk het beschikkingsrecht verloren over de goederen, die in de macht kwamen van de begiftigde. Zodoende werd hij ook hier meteen geconfronteerd met de gevolgen van zijn daad.

Noodzakelijk is wel dat deze goederen voorwerp kunnen zijn van een handgift, als bv. titels aan toonder.

Dergelijke onherroepelijke afstand is niet gebeurd zo de schenkster alleen maar de bankkluis op naam van de begiftigde had laten zetten, maar zelf de sleutel had gehouden en het geheim verzwegen, zodat de zogezegde begiftigde helemaal geen toegang had tot de kluis en de effecten die er zich in bevonden (Rb. Luik, 1 maart 1985, A.R. nr. 53.305/82, geciteerd door Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1985, 325).

Dergelijke onherroepelijke afstand is al evenmin gebeurd zo de schenker een volmacht behoudt die hem toegang tot de kluis verleent (Cass. Fr., 22 december, 1971, *Rép. Defrénois*, 1972, 1253, art. 30.189, noot J.L. Aubert; contra: Cass. Fr., 11 april 1967, *Bull.*, I, nr. 98 en Lyon, 20 maart 1969, *J.C.P.*, 1970, II, 16492, noot Rabut en de genuanceerde analyse bij Méau-Lautour, *o.c.*, nr. 516 en bij Montredon, *o.c.*, nrs. 106 e.v.; vgl. de afstand van een bankkaart, die al evenmin verhindert dat de rekeninghouder nog over zijn rekening beschikt, zie hoger nr. 181).

186. Algemeen wordt ook aangenomen dat de traditio kan gebeuren door een derde die hiertoe opdracht krijgt (Rb. Brussel, 14 april 1987, gecit.

(implic.); Luik, 4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23866 (implic.) maar deze overdracht moet dan wel volbracht worden tijdens het leven van de schenker (zie verder nr. 191 en Montredon, *o.c.*, nrs. 115 e.v.).

Er wordt zelfs aangenomen dat éénzelfde persoon zowel de schenker als de begiftigde kan vertegenwoordigen. De handgift komt dan tot stand door de overdracht van het te schenken goed aan deze in gemeen overleg aangeduide tussenpersoon (Montredon, *o.c.*, nrs. 111 en 125 e.v.; Flour-Souleau, *Les libéralités*, 1982, nr. 85).

De derde moet wel uitdrukkelijk opdracht krijgen een handgift te doen. De gebruikelijke bankvolmacht volstaat niet. Deze laat de lasthebber alleen toe gelden af te halen, overschrijvingen te doen of verleent hem toegang tot de bankkluis.

De lasthebber die beweert het recht te hebben over de sommen of effecten te mogen beschikken als gift ten voordele van zichzelf (of van een derde) moet bewijzen dat hem overeenkomstig art. 1988 B.W. een uitdrukkelijk mandaat in die zin werd gegeven (Rb. Brussel, 14 april 1987, *R.W.*, 1988-89, 1240; vgl. Antwerpen, 10 februari 1988, *Rev. Not. B.*, 1988, 436).

Met „uitdrukkelijk'' mandaat wordt bedoeld dat geen twijfel mag bestaan omtrent de intentie van de lastgever ook daden van beschikking aan de lasthebber toe te vertrouwen (Gent 18 juni 1991, *T.G.R.*, 1991, 117).

187. Men kan ook niet beweren dat via het verlenen van dergelijke volmacht, zelfs animo donandi, een geldige handgift tot stand komt.

Op het ogenblik dat de volmacht gegeven wordt heeft er geen onmiddellijke overdracht van goederen plaats (Luik, 4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23.866; *Rev. Not. B.*, 1990, 88, onder datum van 14 december) terwijl bij het afhalen van de gelden de overdracht niet ten voordele van de volmachthouder gebeurt, want deze handelt in naam en voor rekening van de overledene (Gent, 7 oktober 1987, *T.G.R.*, 1987, 106; zie ook verder nr. 214).

c. Animo donandi

188. De materiële overdracht moet animo donandi gebeuren. Ook bij handgiften moet de vrijgevige bedoeling bewezen worden (Bergen, 5 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1026; Luik, 4 december 1988, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 270, nr. 23.866; *Rev. Not. B.*, 1990, 88; Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. nr. 27.416, intussen gepubl. *T.Not.*, 1993, 166). De animus donandi kan niet zonder meer afgeleid worden uit het feit zelf van de traditio (De Wulf, *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 56).

Het is eens te meer een feitenkwestie waarbij rekening moet gehouden worden met alle elementen van de zaak (zie ook hoger nr. 113).

Het loutere feit dat de overledene zelf opdracht gaf gelden van zijn rekening over te schrijven bewijst op zich de animus donandi niet. Er moeten nog andere omstandigheden aanwezig zijn om daartoe te kunnen besluiten.

De rechtbank van Antwerpen (30 juni 1988, *T. Not.*, 1988, 263; *Rec. Gén.*

Enr. Not., 1990, 263, nr. 23865; *Rev. Not. B.*, 1990, 88) achtte de animus donandi bewezen omdat de overschrijving gebeurde kort voor het overlijden van de schenker ten voordele van zijn zuster die hem uit erbarmelijke levensomstandigheden had gehaald en verzorgd. Ze was van oordeel dat deze overschrijvingen niet als (een trouwens economisch onverantwoorde) bewaargeving konden beschouwd worden.

De animus donandi werd eveneens aanvaard toen bleek dat de overledene eerst opdracht gaf aan de bank „haar koffer aan persoon X te vermaken'' en achteraf de sleutel van deze koffer aan diezelfde persoon overhandigde (Luik, 3 december 1986, *Rev. Not. B.*, 1988, 150).

189. Het feit van de overschrijving werd daarentegen onvoldoende geacht zo de begunstigde de dochter was bij wie de overleden vader inwoonde en deze dochter terzake tegenstrijdige verklaringen had afgelegd en eerst beweerd had dat de gelden werden gebruikt voor de verzorging van de vader (Bergen, 5 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1026; vgl. Luik, 5 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 9).

Verdacht vond men ook dat het overschrijvingsformulier door derden was ingevuld en na heel wat moeite stuntelig ondertekend was door de zwaar zieke titularis (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.).

Evenmin afdoend was de vroeger afgelegde eenzijdige verklaring van de „begiftigde'' dochter achteraan op het borderel van bewaargeving van kasbons, waarbij zij zegde dat ze de interesten aan haar moeder afstond tot aan haar overlijden. Hierdoor werd niet bewezen dat deze effecten voordien door de moeder aan de dochter geschonken werden met last haar de interesten te laten toekomen (Bergen, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 356).

d. Aanvaarding

190. De aanvaarding van de handgift tijdens het leven van de schenker kan stilzwijgend gebeuren (Rb. Antwerpen, 30 juni 1988, *T. Not.*, 1988, 263, noot H. Du Faux; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 263, nr. 23865; *Rev. Not. B.*, 1990, 88; Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. nr. 27.416, intussen gepubl. in *T. Not.*, 1993, 139, noot J. Facq).

Het in ontvangst nemen van de geschonken zaak ter gelegenheid van de traditio geldt als aanvaarding (Rb. Antwerpen, 22 mei 1987, A.R. nr. 22.501, niet gepubl.).

e. Traditio en aanvaarding tijdens het leven van de schenker

191. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, die aanvaardde dat handgift via overschrijving tussen rekeningen mogelijk is (zie hierover nr. 182), eiste dat de traditio tijdens het leven van de schenker plaats gehad had. Zij was van oordeel dat dit niet het geval was wanneer de opdracht aan de bank wel daags vóór het overlijden was gegeven, maar bewezen was dat

het overgeschreven bedrag slechts na het overlijden van de schenker op de rekening van de begunstigde was gekomen. De begiftigde had dus pas na het overlijden de beschikking over de gelden, zodat pas dan de traditio plaats had en dus ook pas dan de aanvaarding (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. 27.416, gecit.; zie nochtans verder nr. 220).

Aan de voorwaarden van traditio en aanvaarding tijdens het leven van de schenker is uiteraard evenmin voldaan als de mandataris pas na het overlijden het te schenken goed overdraagt (vgl. Rb. Brugge, 12 november 1987, *T. Not.*, 1988, 166; *R.W.*, 1988-89, 547; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 231, nr. 23982). De rechtbank van Brussel (14 april 1987, *R.W.*, 1988-89, 1240) kwam tot hetzelfde besluit op nog een andere grond: door het overlijden van de lastgever was de opdracht vervallen (art. 2003 B.W.), en mocht de handgift niet langer uitgevoerd worden (zie reeds Luik, 17 december 1913, *Rev. Prat. Not.*, 1914, 240).

Heeft de overdracht toch nog plaats dan gebeurde ze niet meer in naam van de lastgever (Gent, 7 oktober 1987, *T.G.R.*, 1987, 106; zie ook Raucent, nr. 191).

2) Modaliteiten

192. Aan een handgift kunnen, zoals aan alle schenkingen, lasten en voorwaarden verbonden worden, in de mate althans deze niet verhinderen dat de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet (De Wulf, C., „Erfenissen, schenkingen en testamenten, bedingen van aanwas en tontine'', in *Not. Actualiteit*, 62).

Zo kan geen handgift worden gedaan onder opschortende termijn of onder opschortende of potestatieve voorwaarde (Bergen, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 356; De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 62).

Modaliteiten bij een handgift kunnen in een afzonderlijke bijgevoegde overeenkomst (pacte adjoint) worden vastgelegd (Bergen, 7 januari 1988, gecit.). Het feit dat in dergelijke bijgevoegde overeenkomst gestipuleerd wordt dat de geschonken goederen niet vóór de dood van de schenkster mogen vervreemd worden, maakt de handgift niet ongeldig voor zover vaststaat dat er een werkelijke onherroepelijke overdracht was (Luik, 3 december 1986, *Rev. Not. B.*, 1988, 150, zie nochtans hoger nrs. 95 e.v.).

3) Bewijs

a. Algemeen

193. De handgift bestaat zonder geschrift. Wanneer geen geschrift werd opgemaakt ontstaan er in de praktijk nochtans vaak netelige problemen, wat blijkt uit de overvloedige rechtspraak terzake in deze periode.

Wanneer betwist wordt of er al dan niet een handgift heeft plaats gevonden is de procespositie en de hoedanigheid van de betrokken personen belangrijk om te bepalen wie wat moet bewijzen (en dus het risico loopt in dat bewijs te

falen) en hoe dat bewijs moet geleverd worden (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 561, nr. 31).

In de te bespreken periode betroffen de betwistingen hoofdzakelijk gevallen waar een persoon (maar meestal zijn erfgenamen of zijn algemene legataris) goederen of gelden terugvorderde van iemand die beweerde deze goederen bij handgift verkregen te hebben.

Deze beweerde begiftigde was dan meestal een nauw familielid, die de overledene had verzorgd of er de vertrouwenspersoon van was. Gezien dit gegeven had hij zich enerzijds gemakkelijk zelf de goederen kunnen toeëigenen, maar lag daarin toch ook een grond voor erkentelijkheid.

Het gebeurt ook regelmatig dat de goederen na het overlijden teruggevonden worden niet bij de vertrouwenspersoon zelf, maar bij (sommige van) zijn kinderen of kleinkinderen, die dan ook weer beweren de goederen bij handgift verkregen te hebben (dit was bv. het geval in de niet gepubliceerde vonnissen van de rechtbank van Antwerpen, 16 mei 1989, en Dendermonde, 21 november 1991). Collusie tussen de lasthebber/bewaarnemer en de beweerde begiftigde is dan zeker niet uitgesloten (Antwerpen, 14 maart 1990, gecit.).

In de te bespreken gevallen was de begiftigde meestal verweerder (zie nochtans Gent, 17 juni 1982, *T.G.R.*, 1985, 10; Rb. Antwerpen, 22 mei 1987, A.R. nr. 22.501, niet gepubl.; Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. nr. 27.416, intussen gepubl. *T.Not.*, 1993, 166).

b. Persoonlijke vordering tot teruggave van het goed gebaseerd op een overeenkomst

194. Diegene die de handgift betwist heeft verschillende mogelijkheden om de aanspraken van de beweerde begiftigde aan te vechten (zie hierover het genuanceerde artikel van B. Capelle, „Preuve dans le procès civil relatif à un meuble corporel et don manuel'', *T.B.B.R.*, 1991, (19-51 en 301-321). Hij kan bv. beweren dat de goederen aan de beweerde begiftigde alleen maar in leen of in bewaargeving werden gegeven en op grond daarvan de goederen terugvorderen.

Dit betekent dat hij, nu hij de uitvoering van een persoonlijke verbintenis vordert, het bestaan van deze verbintenis moet bewijzen (art. 1315 B.W.) en dit overeenkomstig art. 1341 B.W. (Cass., 14 november 1985, *Pas.*, 1986, I, 307; *Rev. Not. B.*, 1986, 363, noot A. Lorent; Rb. Namen, 8 oktober 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 48; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 289, nr. 23207, noot A.C.; Brussel, 21 november 1985, *J.T.*, 1986, 395; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 108; Brussel, 11 april 1986, *J.T.*, 1987, 114; Rb. Hasselt, 26 februari 1987, *R.W.*, 1988-89, 162; Vred. Lens, 3 november 1987, *T. Vred.*, 1987, 317; Rb. Brussel, 17 november 1987, *Rev. Not. B.*, 1989, 287; Brussel, 24 januari 1991, *J.T.*, 1991, 540).

De oorzaak van de terugvordering moet dus schriftelijk bewezen worden, zo de waarde van het gevraagde vijftienduizend BF overschrijdt (wet van 10

december 1990, *B.S.*, 22 december 1990). Getuigenbewijs en vermoedens kunnen slechts ingeroepen worden wanneer er een begin van bewijs door geschrift is of zo de eiser in de morele onmogelijkheid was zich een schriftelijk bewijs aan te schaffen.

Dit laatste wordt nogal eens beweerd wanneer het gaat om een nauwe bloedverwant of een persoon die zich in een ondergeschikte positie bevindt, en soms met succes (Gent, 17 juni 1982, gecit.). Toch wordt deze morele onmogelijkheid niet systematisch door de rechtbanken aanvaard, omdat nauwe verwantschap het opmaken van een schriftelijk bewijs misschien soms wat delikater maakt, maar daarom niet onmogelijk (Brussel, 24 januari 1991, *J.T.*, 1991, 540; Capelle, *o.c.*, nr. 8; zie nochtans Genet, L., „La dispense morale de constituer la preuve écrite des donations'', *Jur. Liège.*, 1980, (199-301) en Remon, C., „Avances faites par des proches'' in *La pratique du partage judiciaire*, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (ed.), 1987, 103).

195. Slaagt de eiser niet in dat bewijs dan wordt zijn vordering tot teruggave afgewezen (Brussel, 24 januari 1991, gecit.), zonder dat de beweerde begiftigde iets moet bewijzen (Capelle, *o.c.*, nr. 5), zelfs al had hij beweerd dat het goed hem bij handgift geschonken werd (Capelle, *o.c.*, nr. 10) en zijn bezit gebrekkig is (Cass., 26 april 1968, *Pas.*, 1968, I, 1015; Heyvaert, A., „Bezit geeft verscheidene titels'', dit tijdschrift, 1983, (169-195), 183; Lorent, A., noot onder Cass., 14 november 1986, *Rev. Not. B.*, 1986, 365). De eiser bleef immers in gebreke het bewijs te leveren dat van hem verwacht werd.

Het feit dat de beweerde begiftigde zich niet kan beroepen op de bezitsbescherming van art. 2279 B.W. houdt niet in dat meteen door de eiser het bewijs geleverd werd van de oorzaak tot teruggave (Brussel, 11 april 1986, *J.T.*, 1987, 114; Lorent, *o.c.*).

196. Slaagt de eiser wel in het bewijs dat de goederen alleen maar geleend werden of in bewaring gegeven ... of heeft de beweerde begiftigde destijds zelf erkend dat de goederen hem alleen geleend werden dan is hij tot teruggave verplicht, ongeacht de kwaliteit van zijn bezit (bij hypothese zal dan wel impliciet vaststaan dat hij niet pro suo bezat, zie Heyvaert, *o.c.*, nr. 22; vgl. De Wulf, *o.c.*, in *Exequatur van vriendschap*, 61 of dat zijn bezit dubbelzinnig was: Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209). Meer nog beroep op art. 2279 B.W. is hier niet meer mogelijk nu het vermoeden dat zijn bezit steunt op een geldige eigendomsoverdragende rechtshandeling bij hypothese is weerlegd (Brussel, 27 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209).

De beweerde begiftigde zal alleen nog zijn beweerde schenking kunnen redden door te bewijzen dat achteraf toch nog een handgift gebeurd is, waardoor hij ontslagen is van zijn plicht tot teruggave (Capelle, *o.c.*, nr. 5 en 20). Ook het bewijs van deze titelverandering moet gebeuren overeenkomstig art. 1341 B.W.Ook de loutere verklaring van een nauw familielid dat

hij het goed bij handgift verkregen heeft, ontslaat de lasthebber/bewaarnemer niet van zijn verplichting schriftelijk aan te tonen dat hij van zijn verbintenis tot teruggave bevrijd is (Antwerpen, 14 maart 1990, *T. Not.*, 1990, 283, noot Bouckaert). Hij die beweert bevrijd te zijn moet overeenkomstig art. 1315 B.W. daarvan het bewijs leveren (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.).

c. Vordering tot teruggave van het goed gebaseerd op een misdrijf

197. De eiser kan ook beweren dat de huidige bezitter op een bedriegelijke of tenminste op een onregelmatige wijze in het bezit gekomen is van de goederen, tengevolge van diefstal, verduistering, misbruik van vertrouwen ...

Dit bewijs kan geleverd worden door alle rechtsmiddelen. (Van Neste, F., *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, dl. V, *Zakenrecht*, Boek I, *Goederen, bezit en eigendom*, 1990, 504; zie hierover uitgebreid Capelle, *o.c.*, nrs. 12 e.v.).

In de te bespreken periode werden dergelijke klachten meestal zonder gevolg geklasseerd.

d. Zakelijke vordering tot revendicatie van het goed

198. De eiser kan anderzijds ook een zakelijke vordering tot revindicatie van de beweerd geschonken goederen instellen. Dergelijke vordering is alleen mogelijk zo geïndividualiseerde lichamelijke goederen worden teruggevorderd (Luik, 17 februari 1984, op andere gronden verbroken door Cass., 14 november 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 362 en noot in die zin van A. Lorent; Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209).

Wie zich van een geldsom ontdeed, kan hoogstens een schuldvordering tot terugbetaling hebben, geen vordering tot teruggave (Heyvaert, *o.c.*, nr. 25).

Wie een goed revendiceert, moet aantonen (maar dit kan met alle rechtsmiddelen; Renard, C., „L'article 2279 en question", *R.C.J.B.*, 1979, 281; Pacilly, G., *Le don manuel*, nr. 157) dat hij eigenaar van de goederen is of althans de vorige bezitter ervan (De Boungne, *o.c.*, *T. Not.*, 1982, 170), wat nogal eens onbetwist zal vaststaan (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.).

In principe moet hij ook bewijzen dat de goederen zich bij de verweerder bevinden, maar ook dit zal dikwijls niet betwist zijn.

199. De beweerde begiftigde, die de goederen in zijn bezit heeft, wordt vermoed de goederen voor zich te bezitten (art. 2230 B.W.) en wordt op basis van art. 2279 B.W. zelfs vermoed er de eigenaar van te zijn.

Hij moet niet bewijzen dat ze op grond van een handgift in zijn bezit kwamen (Bergen, 5 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1026; Rb. Namen, 19 april 1990, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 276, nr. 23.868) zelfs al beweert hij dat meteen (Cass., 14 maart 1889, *Pas.*, 1889, I, 147; De Page, VIII, nr. 544; Capelle, B., *o.c.*, nr. 37; Heyvaert, A., *o.c.*, nr. 27). Het is het bezit dat de titel verschaft (Brussel, 21 november 1985, *J.T.*, 1986, 395), zonder dat er de oorsprong van

moet aangegeven worden (Rb. Luik, 23 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 519; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 273, nr. 23867).

Waar het bezit van roerende zaken voor de derde-verkrijger a non domino een eigendomsverkrijgende functie heeft, krijgt het bij betwistingen tussen de huidige bezitter en de (erfgenamen van de) vorige bezitter een bewijsrechtelijke functie (Heyvaert, A., *o.c.*, nr. 19; Van Neste, F., *o.c.*, nr. 297; Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, 209; zie ook Tendler, R., „Le don manuel: une institution anachronique?'', *D.S.*, 1989, Chr. 246; vgl. art. 2014 Ned. B.W. en H.R., 26 februari 1988, *N.J.*, 1988, 488, noot W.M. Kleijn en de bespreking van R.A. Dozy, „Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke uitspraken van de Hoge Raad der Nederlanden (1987-1991)'', dit tijdschrift, 1992, 442). De rechtbank van Doornik (11 maart 1987, samengevat in Delvaux E, en De Briey R., „Inédits de droit des biens'' *J.L.M.B.*, 1987, 1093, nr. 11) zegt het als volgt „en fait de meuble, possession vaut présomption de titre''. Artikel 2279 B.W. kan nochtans niet ingeroepen worden t.a.v. onlichamelijke schuldvorderingen, als bv. een banktegoed (Bergen, 5 mei 1987, gecit.; Brussel, 11 april 1986, *J.T.*, 1987, 114; Brussel 25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209; De Page, V, nr. 1039, C.; Derine, R., Van Neste, F., en Vandenberghe, H., *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, dl V, *Zakenrecht*, deel I, b, nr. 623; Heyvaert, A., *o.c.*, nr. 8; Renard en Hansene, *Rép. Not.*, dl. XV, tw° Possession, nr. 131, 2; zie nochtans Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, A.R. nr. 27.416, intussen gepubl. *T.Not.*, 1993, 166).

200. Om van de bescherming van art. 2279 B.W. te kunnen genieten moet het bezit reëel zijn, te goeder trouw, als eigenaar en niet door gebreken aangetast. Het moet dus voortdurend, onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig zijn (art. 2229 B.W.; Rb. Leuven, 25 maart 1987, *Waarvan akte*, 1988, 136, noot Werckx; Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.; Gent, 18 juni 1991, *T.G.R.*, 1991, 117; Kokelenberg, J., Van Sinay, Th., en Vuye, H., „Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1980-1988)'', dit tijdschrift, 1989, (1689-1857), nr. 175 en 216 e.v.).

Bij dergelijk reëel en regelmatig bezit wordt (juris tantum) vermoed dat de goederen verkregen werden op grond van een geldige eigendomsoverdragende rechtshandeling. (Rb. Brugge, 12 november 1987, *T. Not.*, 1988, 166; *R.W.*, 1988-89, 547; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 231, nr. 23982; Vanneste, *o.c.*, nr. 298).

201. De vorige bezitter (of zijn erfgenamen) kan de deugdelijkheid van het bezit aanvechten. Er wordt nochtans vermoed dat het bezit deugdelijk is (Cass., 4 december 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 448; *R.W.*, 1986-87, 2147; *Pas.*, 1987, I, 413, nr. 205; *T. Not.*, 1987, 128; Rb. Brussel, 17 november 1987, *Rev. Not. B.*, 1989, 287). Wie dus beweert dat het bezit gebrekkig is, moet dit bewijzen (Cass., 2 december 1971, *Pas.*, 1972, I, 323; Cass., 20 december 1974 en 3 oktober 1975, *R.C.J.B.*, 1976, 269, noot Renard;

Brussel, 21 november 1985, *J.T.*, 1986, 395; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1987, 108; Brussel, 8 januari 1985, *Pas.*, 1985, II, 69; Rb. Hoei, 12 februari 1987, *Rev. Not. B.*, 1991, 344, noot Raucent; Rb. Brussel, 4 januari 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 107; Brussel, 24 januari 1991, *J.T.*, 1991, 540; Rb. Namen, 19 april 1990, gecit.; Rb. Luik, 23 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 519; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 273, nr. 23867).

De dubbelzinnigheid van het bezit kan evenwel ook afgeleid worden uit de gezamenlijke gegevens van de zaak (Cass., 4 december 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 448; *Pas.*, 1987, I, 415; *R.W.*, 1986-87, 2147; *T. Not.*, 1987, 128).

Het bewijs van de ondeugdelijkheid kan als materieel feit met alle middelen gebeuren (Rb. Namen, 28 februari 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 189). De feitenrechter oordeelt soeverein (Rb. Namen, 19 april 1990, gecit.).

Ook uit de rechtspraak van deze periode blijkt dat vooral de dubbelzinnigheid en de heimelijkheid van het bezit worden ingeroepen om het vermoeden van eigendom te weerleggen.

202. Het bezit is dubbelzinnig als het vatbaar is voor diverse verklaringen (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.) met betrekking tot zijn oorsprong (of beter zijn oorzaak: zie Raucent-Staquet, *o.c.*, nr. 31). Er bestaat bv. twijfel over of de bezitter het goed onder zich heeft als eigenaar dan wel als houder (Cass., 4 december 1986, gecit.; Cass., 3 mei 1984, *Pas.*, 1984, I, 1079, nr. 507; *Arr. Cass.*, 1983-84, 1147; *J.T.*, 1985, 96; *R.W.*, 1984-85, 1646; Rb. Brugge, 5 januari 1981, *T.B.R.*, 1985, 28; Rb. Brugge, 18 maart 1985, *T.B.R.*, 1985, 73; Vred. Lens, 3 november 1987, *T. Vred.*, 1987, 317; Rb. Brugge, 12 november 1987, gecit.; Bergen, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 358; Luik, 14 december 1988, *Rev. Not. B.*, 1990, 88; Luik, 3 oktober 1989, *Rev. Not. B.*, 1991, 347, noot Raucent; Rb. Brussel, 4 januari 1991, gecit.; Brussel, 24 januari 1991, gecit.; Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, 209).

Dit brengt mee dat diegenen die met de overledene het meest contact hadden, hem hebben geholpen en verzorgd, het grootste gevaar lopen. Aan dergelijke personen worden wel eens goederen door de overledene toevertrouwd, hun wordt volmacht gegeven de goederen te beheren ... zodat hun bezit van goederen van de overledene wellicht voor verschillende interpretaties vatbaar is.

Ook de samenwoning tussen de beweerde schenker en begiftigde wordt met argwaan bekeken (Cass., 4 december 1986, gecit.; Rb. Brugge, 18 maart 1985, gecit.; Rb. Namen, 19 april 1990, gecit.; Gent, 17 juni 1982, *T.G.R.*, 1985, 10; Rb. Hasselt, 10 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 131), alhoewel herhaald werd benadrukt dat het samenwonen op zich het bezit niet noodzakelijkerwijze dubbelzinnig maakt (Rb. Luik, 23 oktober 1989, gecit.; Vanneste, *o.c.*, nr. 299 en overvloedige verwijzingen daar; Kokelenberg, J., Van Sinay, Th. en Vuye, H., „Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1980-1988)", dit tijdschrift, 1989, (1689-1857), nr. 176 en verwijzingen daar; De Wulf, *o.c.*, in *Exequatur van vriendschap*, 64).

De dubbelzinnigheid moet in concreto beoordeeld worden, want abstract bekeken kan ieder bezit voor meerdere verklaringen vatbaar zijn.

Dit betekent dat diegene die beweert dat het bezit dubbelzinnig is, ook moet aantonen op welk ander recht dit bezit zou kunnen steunen (Cass., 3 mei 1984, gecit.) en aan de hand van concrete gegevens moet onderzocht worden of deze verschillende interpretaties in concreto ook waarschijnlijk zijn (Kokelenberg e.a., *o.c.*, nr. 175 en 192), wat soms de eiser in moeilijkheden kan brengen (zie hierover Capelle, *o.c.*, nr. 23).

Wie oorspronkelijk als houder de goederen onder zich had, kan wel (maar moet) schriftelijk bewijzen dat hij achteraf deze goederen als eigenaar is gaan bezitten (Rb. Hoei, 12 februari 1987, *Rev. Not. B.*, 1991, 344, met de terzake genuanceerde opmerkingen van Raucent; *T.B.B.R.*, 1987, 78).

203. Bij de beoordeling van het al dan niet heimelijk karakter van het bezit wordt o.m. fel rekening gehouden met het feit of de bezitter onmiddellijk en spontaan, dan wel achteraf en soms gedwongen, heeft toegegeven dat hij de goederen had. (Rb. Leuven, 25 maart 1987, gecit.; Luik, 14 december 1988, gecit.; Antwerpen, 24 april 1990, *T. Not.*, 1990, 275; Rb. Namen, 19 april 1990, gecit.; Brussel, 24 januari 1991, gecit.; De Wulf, *o.c.*, in *Exequatur van vriendschap*, 63; zie nochtans Rb. Luik, 23 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 519; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 273, nr. 23867).

Het feit dat de beweerd gekregen kasbons slechts zeven maanden na het overlijden te koop werden aangeboden, werd niet van aard geacht het bezit heimelijk te maken (Rb. Brussel, 4 januari 1991, gecit., dat om andere redenen het bezit wel dubbelzinnig vond).

204. In de praktijk lijkt men de eiser toe te laten eerst de deugdelijkheid van het bezit van de actuele bezitter aan te vechten en pas nadien eist men dat hij zijn onmiddellijk voorafgaand eigendomsrecht bewijst, zonder hetwelk hij nochtans geen enkel belang zou hebben dit bezit aan te vechten (zie bv. Cass., 4 december 1986; *Arr. Cass.*, 1986-87, 448; *R.W.*, 1986-87, 2147; *Pas.*, 1987, I, 413, nr. 205; *T. Not.*, 1987, 128; Rb. Brugge, 12 november 1987, *T. Not.*, 1988, 166; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 231, nr. 23982; *R.W.*, 1988-89, 547). Het Hof van Cassatie stelde hierbij herhaald (Cass., 26 april 1968, *R.W.*, 1968-69, 591, en 3 oktober 1975, *T. Not.*, 1976, 6; *R.C.J.B.*, 1976, 171, noot Renard; zie in deze periode Vred. Lens, 3 november 1987, *T. Vred.*, 1987, 317) dat de omstandigheid dat de bezitter van een zaak de bescherming van artikel 2279 B.W. niet kan genieten, niet in zich sluit dat de goederen toebehoren aan diegene die ze opeist en dat de oorzaak van de teruggave gegrond is. Diegene die de teruggave van de goederen vordert draagt de bewijslast van zijn eigendomsrecht en van de oorzaak van de terugvordering.

De rechtsleer (Heyvaert, *o.c.*, nr. 20; Renard, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1976, 274; De Wulf, *o.c.*, 65) oordeelde dat het hof met dit dubbele bewijs te eisen te veel vroeg. Voor de bezitter wiens bezit gebrekkig is, vervalt het eigendomsver-

moeden zodat het voor de bezitsvoorganger volstaat het bewijs van zijn eigendom te leveren om de zaak terug te krijgen. Bovendien eisen dat hij nog een persoonlijke verbintenis tot teruggave bewijst, miskent de draagwijdte van de zakelijke eigendomsvordering en leidt er toe dat aan een gebrekkig bezit dezelfde bescherming wordt geboden als aan een bezit zonder gebreken.

Anderzijds wanneer de eiser de naleving vordert van een persoonlijke verbintenis tot teruggave in hoofde van de huidige bezitter (op grond van lastgeving, bewaargeving, zie hoger nr. 194) volstaat het het bewijs te leveren van de oorzaak van de verbintenis.

Of het hof in zijn arrest van 4 december 1986 (gecit.; zie ook Rb. Brugge, 12 november 1987, gecit.) afgestapt is van deze dubbele eis, is niet zo duidelijk. Het stelt er alleen dat wanneer gebleken is dat het bezit van de huidige bezitter dubbelzinnig is, diegene die de vordering tot revendicatie heeft ingesteld zijn eigendomsrecht mag bewijzen met alle middelen.

Slaagt de vorige bezitter er niet in het van hem verwachte bewijs te leveren, dan blijven de goederen bij de huidige bezitter (art. 2230 B.W.).

205. Wanneer de beweerde begiftigde, om welke reden dan ook, zich niet kan beroepen op art. 2279 B.W. en de tegenpartij haar vroeger bezit bewezen heeft, kan hij zijn eigendomsrechten nog enkel laten gelden door effectief te bewijzen dat zijn bezit zijn oorzaak vindt in een geldige eigendomsoverdragende rechtshandeling, nl. een schenking (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.; Luik, 14 december 1988, gecit.).

Art. 1341 vereist tussen partijen een geschrift, of minstens een begin van schriftelijk bewijs voor overeenkomsten van meer dan (nu) 15.000 Fr. (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit; Rb. Namen, 19 april 1990, gecit.; zie de bedenkingen van De Page, VIII, nr. 545), alhoewel dit laatste niet op zichzelf volstaat (Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134, *J.T.*, 1987, 381; *T.B.B.R.*, 1988, 396). Dit hof preciseert dat wel voldoende is dat het begin van schriftelijk bewijs de materiële basis vormt voor een redenering, die mede gestaafd door andere intrinsieke en extrinsieke elementen, de waarschijnlijkheid van de handgift aantoont.

In casu beriepen de begiftigden zich voor het bewijs van een handgift van aandelen op de schriftelijke betekening bij deurwaardersexploot van de overdacht ervan. Als andere relevante elementen die aannemelijk maakten dat de overdracht animo donandi gebeurde aanvaardde het hof de aard van het gebruikte procédé (overdracht van aandelen in een gewone commanditaire vennootschap aan de kinderen van de overdrager), het feit dat de overdrager benadrukte dat de overdacht ten voordele van zijn kinderen gebeurde, de ouderdom van de kinderen (25, 24 en 20 jaar).

Dit onvolmaakt bewijs kon dan nog aangevuld worden door gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens, als het feit dat de kinderen op het moment van de overdracht geen persoonlijk fortuin bezaten,

de bezorgdheid van de vader zijn jonge kinderen in de moeilijke naoorlogse periode te helpen bij het zelfstandig uitbouwen van hun bestaan.

206. Zo de beweerde begiftigde in de morele onmogelijkheid was een geschrift te vragen, mag hij dit bewijs leveren met alle wettelijk voorziene middelen (Gent, 17 juni 1982, *T.G.R.*, 1985, 10; zie hoger nr. 194).

207. In de praktijk wordt geregeld een geschrift opgemaakt tot bewijs van de handgift (of op een of andere wijze getracht zich een titel te verschaffen met vaste datum, met alle fiscale risico's vandien; zie Cass., 29 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1304; *R.W.*, 1989- 90, 576; *Pas.*, 1989, I, 1193; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 5, noot, dat het cassatieberoep verwierp tegen Brussel, 23 september 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 28, nr. 23397, en o.a. Geelhand, N., „De incidentele vermelding van handgift in de notariële akte waarin schenkers zijn tussengekomen'', *T. Not.*, 1989, 406-417). Nodig is dan wel dat dit geschrift zorgvuldig wordt geformuleeerd, zodat het niet kan geïnterpreteerd worden als een akte houdende schenking onderworpen aan de vormvereisten van art. 931 B.W.

De rechtbank van Hoei (12 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1991, 344 en de nuanceringen door Raucent) geeft de nodige, vrij ruim aanvaarde, aanduidingen. Dit geschrift mag aan de begunstigde geen titel verstrekken waarop hij zich kan beroepen voor de uitvoering van een schenking in zijn voordeel. Wanneer het geschrift evenwel louter ad probationem wordt opgesteld, nl. ter vaststelling dat er voordien een handgift gebeurd is en dus ook de traditio, die meteen aan de begiftigde zijn titel verstrekt heeft, komt de geldigheid van de schenking niet in het gedrang.

Niet iedereen (zie de commentaar van Raucent) is evenwel overtuigd dat in casu het aangevoerde geschrift inderdaad aan deze voorwaarden voldeed. Het ging er om een document dat betiteld werd als „cession de titres'' waarop door de schenkster met de hand was aangebracht „à titre de remerciements pour services rendus''.

Kritiek is er ook op de bewering van de rechtbank dat dergelijk geschrift een bekentenis van de schenker inhoudt, in de zin van art. 1350, 4° en 1356 B.W., dat hij zich vrijwillig van de geschonken zaken heeft ontdaan (zie Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 326, die stelt dat het hier niet om een bekentenis, maar louter om een schriftelijk bewijs gaat; hij roept hiertoe het gezag in van Van Ommeslaghe, „Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations'', *R.C.J.B.*, 1988, 175 e.v.; zie nochtans De Wulf, *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 92 en Van de Vorst, J., „ Le don manuel peut-il être constaté par acte sous seign-privé?'', *Rev. Prat. Not.*, 1929, 612).

208. De begiftigde kan zich voor het bewijs van de handgift beroepen op een strafrechtelijk vonnis, waarin het bestaan van die handgift werd bewezen geacht (Rb. Neufchâteau, 8 oktober 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 684). In casu was de begiftigde tot een boete veroordeeld, omdat ze bij een aangifte van

nalatenschap verzuimd had aan te geven dat in de periode van drie jaar vóór het overlijden schenkingen waren gedaan, terwijl gebleken was dat zij in die periode een gift van hand tot hand ontvangen had.

209. Blijft de begiftigde in gebreke het bewijs van de schenking te leveren, dan moeten de beweerde geschonken goederen, met inbegrip van de opbrengsten vanaf de dag van het overlijden (Rb. Mechelen, 20 september 1990, *T. Not.*, 1990, 24), terugkomen naar de nalatenschap (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.) of naar diegene die zijn eigendomsrecht aantoont op grond van zijn voorafgaandelijk bezit van die goederen (Brussel, 24 januari, 1991, gecit.; Hansenne, „Examen de jurisprudence. Les biens (1982-88)'', *R.C.J.B.*, 1990, 306).

Levert de begiftigde dit bewijs wel, dan rest er de tegenpartij nog enkel de mogelijkheid aan te tonen dat deze schenking om een of andere reden nietig is of herroepen of tenminste moet worden ingebracht of ingekort.

210. Dikwijls werpt de beweerde begiftigde zelf op dat hij op grond van een handgift in het bezit van het goed kwam (zie de commentaar van De Page, VIII, nr. 544). Op die manier verzwakt hij nochtans zijn positie.

Zelfs zo zijn bezit regelmatig is, wordt hierdoor alleen maar vermoed dat een geldige eigendomsoverdragende rechtshandeling de oorzaak is van het bezit. Ook dit vermoeden kan door de vorige bezitter doorprikt worden. Wanneer de huidige bezitter meteen de precieze oorzaak aanduidt kan de rechtsgeldigheid ervan worden aangevochten. En zoals ten overvloede uit dit overzicht blijkt, zijn schenkingen op velerlei gronden aanvechtbaar.

Zo kan de vorige bezitter aantonen dat deze schenking nietig is op grond van onbekwaamheid, dat er een gebrek in de toestemming was (De Page, VIII, nr. 544, C, 5°), dat er een grond tot herroeping bestaat, dat de traditio en de aanvaarding niet plaats vond tijdens het leven van de schenker (Rb. Antwerpen, 16 mei 1989, gecit.).

Bovendien wordt door sommigen aanvaard dat dit vermoeden ook kan weerlegd worden door aan te tonen dat het zeer onwaarschijnlijk is dat er wel degelijk een schenking gebeurd is (Capelle, *o.c.*, nr. 21). Het is nochtans niet altijd duidelijk in de rechtspraak of deze onwaarschijnlijkheid als een gebrek van het bezit wordt beschouwd (wat dan fel aanleunt bij het dubbelzinnig zijn), dan wel als een middel om de concreet ingeroepen titel (nl. de schenking) te niet te doen (zie bv. Rb. Brussel, 4 januari 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 106).

e. De begiftigde roept als eiser in dat hem een handgift werd gedaan

211. Kan de beweerde begiftigde die als eiser verzoekt te horen zeggen voor recht dat hem een geldige handgift werd gedaan en in het bezit is van de

beweerd geschonken goederen, zich beroepen op art. 2279 B.W.? Dit is een hypothese die weinig besproken wordt.

De rechtbank van Antwerpen (16 mei 1989, gecit.) meent in principe van wel. Ze is van oordeel dat een eiser die zich op een handgift beroept om zijn eigendomsrecht te staven op een goed dat hij in zijn bezit heeft, het bewijs van de handgift moet leveren, maar dat hij beschermd wordt door het vermoeden van art. 2279 B.W. (In casu verplichtte ze de eiser tot het daadwerkelijk bewijs overeenkomstig art. 1341 B.W. omdat zijn bezit niet voldeed aan de vereisten van art. 2229 B.W.).

Men kan hierover nochtans twijfelen. Op grond van art. 2279 B.W. wordt de bezitter alleen vermoed het goed te bezitten op grond van een geldige eigendomsoverdragende rechtshandeling, er wordt niet vermoed dat dit een handgift is!

§ 3. Vermomde schenking

1) Geldigheidsvereisten

212. Een verdoken schenking is een schenking die tot stand komt via een geveinsde handeling, die in wezen ten bezwarende titel is, bv. een verkoop waarvan de verkoopprijs niet wordt betaald (Rb. Hoei, 14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 883).

Dergelijke schenking is formeel geldig, alhoewel de pleegvormen vereist voor de schenking onder levenden niet in acht genomen werden, de vermomming vervult hier de functie van de vormvereisten die bij schenkingsakten zijn opgelegd (zie hierover uitgebreid Méau-Lautour, H., *La donation déguisée en droit civil français*, Bibliothèque de droit privé, Dl. 184, 1985, nrs. 546 e.v.).

De feitenrechter bepaalt souverein of een rechtshandeling te kwalificeren is als een (vermomde) schenking dan wel als een handeling ten bezwarende titel (Rb. Turnhout, 28 maart 1991, *T.B.B.R.*, 1991, 400).

213. De geveinsde handeling ten bezwarende titel moet wel voldoen aan alle vorm- en geldigheidsvereisten die normaal aan dergelijke rechtshandeling gesteld worden. Dit is niet alleen nodig om de eigendomsoverdracht te kunnen bewerkstelligen, maar ook omdat alleen dan (volgens Méau-Lautour, *o.c.*, nr. 555) van vermomming kan gesproken worden, zonder dewelke de schenking nietig zou zijn wegens vormgebrek.

Zo moet bij een geveisde koopovereenkomst een prijs bedongen zijn en moet de overeenkomst, als wederkerig contract, opgemaakt zijn in dubbel exemplaar, waarvan melding op elk origineel (Gent, 7 oktober 1987, *T.G.R.*, 1987, 106; De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 73).

Zo moet een schuldbekentenis voldoen aan de vormvereisten gesteld in art. 1326 B.W. (Méau-Lautour H., *o.c.*, nr. 332 en 554).

Uit de rechtshandeling zelf mag de veinzing niet blijken (De Wulf, C., *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 73).

214. Nodig is ook dat de gekozen geveinsde handeling een rechtshandeling is die de eigendom doet overgaan en dus van aard rechtsteeks of onrechtstreeks de gewenste verrijking van de begiftigde te bewerkstelligen (Méau-Lautour, H., *o.c.*, 413). Dat doet bv. niet een volmacht. Het behoort immers tot de essentie van de volmacht dat opgetreden wordt voor rekening van de opdrachtgever. Wanneer op grond van een volmacht gelden van een spaarboekje worden afgehaald, worden deze afgehaald voor rekening van de titularis en gaat de eigendom ervan niet over op de opdrachthouder.

Zo het verlenen van deze volmacht uit vrijgevigheid gebeurde, gaat het om een schenking, die naar vorm nietig is nu er van geen vermomde schenking sprake kan zijn (Gent, 7 oktober 1987, *T.G.R.*, 1987, 106; vgl. hoger nr. 187).

2) Bewijs

215. Het bewijs dat een handeling ten bezwarende titel in feite een schenking vermomt, mag door derden met alle middelen van recht bewezen worden, vermoedens inbegrepen.

Het hof van Antwerpen (26 juni 1991, *Limb. R.*, 1991, 133) achtte bewezen dat de verkoop door de moeder van een aantal goederen aan haar dochter en schoonzoon een schenking vermomde, nadat bleek dat enkele jaren later bij het overlijden van de moeder slechts voor een gering bedrag liggende gelden werden aangetroffen, de beweerde kopers niet het bewijs konden leveren dat de prijs werkelijk betaald werd, dat op de zelfde dag als de laatste verkoop en voor de zelfde notaris door de moeder een testament was gemaakt, waarbij zij de andere dochter voor zoveel als mogelijk onterfde.

§ 4. Onrechtstreekse schenking

1) Begripsomschrijving

216. Bij een onrechtstreekse schenking wordt gebruik gemaakt van een rechtshandeling die in het recht voorzien is en aan eigen regels onderworpen is en waardoor een voordeel kan verschaft worden. Zij verschilt dus van een vermomde schenking in die zin dat hier gebruik gemaakt wordt van een oprechte rechtshandeling die van nature uit een schenking kan inhouden. Bij een vermomde schenking wordt de schenking verdoezeld onder een rechtshandeling die in wezen ten bezwarende titel is (De Page, VIII, nr. 508).

De scheidingslijn ligt niet altijd even duidelijk. Het onderscheid heeft vooral in Frankrijk practische gevolgen (zie verder nr. 401).

217. Onrechtstreekse schenkingen komen tot stand via een rechtshandeling die een abstract (of beter neutraal) karakter heeft en definitief is. Neutraal in die zin dat de rechtshandeling zowel om baat als om niet kan gesteld worden,

definitief in die zin dat de rechtshandeling geldig is op zichzelf en een onmiddellijke afstand tot gevolg heeft, zodanig dat de schenker er niet kan op terugkomen.

Het moet bovendien gaan om een rechtshandeling met een eigen autonoom statuut, d.w.z. een rechtshandeling die onderworpen is aan een specifieke reglementering o.m. wat de vorm betreft. Zo deze specifieke vormvereisten geëerbiedigd zijn, is de rechtshandeling formeel geldig, ook zo blijkt dat ze een schenking inhoudt (Ponsard, A., *Les donations indirectes en droit civil français*, 102 e.v.; Delnoy, P., „La donation par virement de sommes ou de valeurs mobilières'', in *Les arrangements de famille*, (113-145), nrs. 15 e.v.).

2) Enkele voorbeelden

a. Overschrijving animo donandi

218. Delnoy toont opnieuw (*o.c.*, in *Les arrangements de famille*, nrs. 15 e.v., zie ook noot onder Bergen, 20 november 1979, *R.C.J.B.*, 1984, (192-235), nrs. 7 e.v.) op overtuigende wijze aan dat de overschrijving uit vrijgevigheid niet alleen aan alle grondvereisten van een schenking voldoet maar ook aan alle voorwaarden die in het vorig nummer werden opgesomd voor een onrechtstreekse schenking. Het gaat om een neutrale rechtshandeling daar ze op zich haar oorzaak niet vermeldt (het is trouwens gevaarlijk die oorzaak te vermelden, omdat men zodoende zou kunnen beweren dat het om „een akte houdende schenking'' gaat; Delnoy, *o.c.*, 134), ze is definitief, want eens de gelden gecrediteerd zijn op de rekening van de begiftigde behoren ze hem onherroepelijk toe en kan de schenker er niet meer op terugkomen.

De rechtshandeling is bovendien onderworpen aan specifieke (alhoewel niet bij wet opgelegde) regels: het order tot overschrijving gebeurt via een geüniformiseerd document, er zijn de gestandaardiseerde boekhoudkundige verrichtingen, aan opdrachtgever en beneficiaris wordt resp. een bericht van debitering en creditering gestuurd.

Delnoy wordt hierin meer en meer bijgetreden door de rechtsleer (Du Faux, H., „Hoe de 'animo donandi' gedane overschrijving van rekening kwalificeren'', *T. Not.*, 1989, 269- 271; Raucent, nr. 215; Stiénon, P., „Burgerrechtelijke en fiscale problemen inzake handgiften'', *A.F.T.*, (4 april) 1977, 94; Taymans, J.-F., „Les donations de sommes ou de titres'' in *Les arrangements de famille*, (79-106), 82; zie reeds Savatier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1927, 507; Ponsard, *o.c.*, 102; Ripert-Boulanger, IV, nr. 3333; Vieujean, E., „Chronique de droit belge'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1965, 485 en ook Méau-Latour, *o.c.*, nr. 521), maar ook door de rechtspraak (Rb. Namen, 8 oktober 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 48; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1985, 289, noot A.C., en vooral Brussel, 25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209; vgl. Brussel, 11 april 1986, *J.T.*, 1987, 114).

Wel moet bewezen worden, nu de overschrijving een neutrale handeling is, die dus zowel om baat als om niet kan zijn, dat zij animo donandi gedaan

werd. Dit kan met alle middelen gebeuren (Rb. Namen, 8 oktober 1984, gecit.; in die zin ook Delnoy, *o.c.*, 141).

219. De opvatting van Delnoy verschilt in feite niet zoveel van de opvatting van De Wulf, die de kwalificatie handgift voorstaat (zie hoger nr. 182). Zowel De Wulf als Delnoy gaan uit van de vaststelling dat de uitvoering van de overschrijvingsopdracht tot gevolg heeft dat de schenker onherroepelijk het beschikkingsrecht verliest over de gelden, die in de macht komen van de begiftigde (zie de nuanceringen bij Montredon, *o.c.*, nrs. 113 e.v.).

De schenker wordt op die manier geconfronteerd met de gevolgen van zijn beslissing, zodat de solemniteiten van art. 931 B.W. door andere vormen vervangen zijn, die op dezelfde wijze het doordacht zijn van de rechtshandeling waarborgen.

Dat is trouwens de werkelijke reden waarom er geen twijfel over kan bestaan dat via een overschrijving van rekening naar rekening een formeel geldige schenking tot stand komt. De vraag is alleen welke uitzondering op art. 931 B.W. hier meest gepast is.

Volgens De Wulf (zie hoger nr. 182) is het de handgift, omdat hij in een brede, moderne „gedematerialiseerde'' interpretatie „traditio'' synoniem vindt van onmiddellijke en onherroepelijke afstand van alle rechten op de geschonken zaak, ongeacht of deze de materiële overdracht van de zaak zelf impliceert.

Delnoy (*o.c.*, 129) vindt beroep op de handgift niet juist omdat de „traditio'' altijd opgevat geweest is als de inbezitstelling van lichamelijke goederen, wat giraal geld niet is. Hij vindt het bovendien overbodig nu aangenomen wordt dat het karakteristieke van de onrechtstreekse schenking er precies in ligt dat ze tot stand komt door een definitieve rechtshandeling die een onmiddellijke en onherroeppelijke afstand impliceert.

Ook Méau-Lautour (*o.c.*, nr. 521) vindt het wat paradoxaal te opteren voor de handgift en dus te aanvaarden dat er een werkelijke overdracht van gelden is, daar waar men juist bij een overschrijving te maken heeft met een mechanisme dat precies tot doel heeft te vermijden dat gelden zouden moeten verhandeld worden.

(Een zelfde onenigheid en op dezelfde gronden bestaat er tussen De Wulf en Delnoy t.a.v. de fel betwiste vraag of aandelen op naam geldig kunnen geschonken worden via een verklaring van overdracht van de aandelen ingeschreven in het register, gedagtekend en ondertekend door overdrager en overnemer, overeenkomstig art. 43, lid 3 Vennootschappenwet; zie hierover De Wulf, *o.c.*, 45; Delnoy, *o.c.*, 131, in *Les arangements de famille*; vgl. Brussel, 27 mei 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 402; *J.T.*, 1987, 381, *Pas.*, 1986, II, 134).

220. Gaat het hier om een louter theoretisch dispuut of heeft het verschil in kwalificatie ook practische gevolgen?

Ja, zo men Delnoy (*o.c.*, 125) volgt, die grote gelijkenissen onderkent tussen een storting animo donandi en het beding ten behoeve van derde. Bij het openen van de rekening verklaart de bankier zich immers voortaan (o.m.) bereid, op voorwaarde dat er voldoende provisie is, schuldenaar te worden van elke persoon die later bij het overschrijvingsorder door de titularis van de rekening wordt aangeduid ten belope van het bedrag dat de titularis specifieert. Deze aanvaardt dat als tegenprestatie zijn rekening met een gelijkaardig bedrag wordt gedebiteerd.

Net zoals bij het beding ten behoeve van derde, waar het (nog herroepelijke) recht van de derde ontstaat door het enkele feit van zijn aanduiding, ontstaat op het ogenblik dat het overschrijvingsorder de bankier bereikt (of bij gebrek aan bewijs van dat ogenblik, op het moment dat de bankier de rekening van de titularis debiteert) een schuldvordering in hoofde van de begunstigde en dit zonder zijn actieve medewerking.

Delnoy gaat wellicht te ver wanneer hij stelt dat men naar analogie met het beding ten behoeve van derden, kan beweren dat ook hier de aanvaarding door de begunstigde niet noodzakelijk is voor het tot stand komen van de schenking, maar ze alleen aanduidt dat de begiftigde er in toestemt te genieten van het hem geboden voordeel.

Ook bij een beding ten behoeve van een derde blijft de aanvaarding noodzakelijk en is er geen schenking tot stand gekomen, zolang de begiftigde niet heeft aanvaard. Wel kan aangenomen worden dat tengevolge van het rechtstreeks recht dat meteen in hoofde van de begunstigde is ontstaan, de aanvaarding terugwerkt, eens ze gebeurd is (De Page, VIII, nr. 380). Meer concreet houdt dit in dat (zelfs deze nuancering in acht genomen), bij een overschrijving animo donandi de schenking nog kan aanvaard worden na het overlijden van de schenker, op voorwaarde dat de bankier het overschrijvingsorder heeft ontvangen of de rekening van de schenker gedebiteerd werd vóór dat overlijden. Het is dan onbelangrijk dat de rekening van de begunstigde pas na het overlijden gecrediteerd werd of deze er pas na het overlijden kennis van kreeg en dus pas dan aanvaardde.

Bij handgift is een aanvaarding post mortem niet meer mogelijk (zie hoger nr. 191).

Toch wordt deze assimilatie met het beding ten behoeve van derden en de daaraan verbonden gevolgen i.v.m. de aanvaarding, vooralsnog niet door de rechtspraak geaccepteerd.

Alhoewel het hof van beroep van Brussel (25 november 1991, *Pas.*, 1991, II, 209) volmondig de stelling van Delnoy bijtrad dat via een bankoverschrijving een geldige onrechtstreekse schenking kan tot stand komen, weigerde het de schenking te valideren omdat de begiftigden de schenking pas na het overlijden van de schenker hadden aanvaard. Het hof was van oordeel dat er dus tijdens het leven van de schenker geen wilsovereenkomst tussen schenker en begiftigde was tot stand gekomen die de schenking volmaakt en onherroepelijk had gemaakt.

221. Deze analogie met het beding ten behoeve van derden leidt bovendien tot volgend verrassend besluit. Zelfs zo men aanvaardt dat de overschrijving animo donandi een handgift inhoudt, dan nog gaat het om een handgift die door een derde tot stand komt op grond van een met het beding ten behoeve van een derde verwante rechtsfiguur, zodat het dan toch weer een onrechtstreekse schenking wordt (vgl. De Page, VIII, nr. 526 in fine)!

b. Afstand van recht

222. Verzaking aan een recht kan slechts als een onrechtstreekse schenking gekwalificeerd worden zo het aandeel van de verzaker van rechtswege aan de begiftigde toekomt (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 562, nr. 35; zie nochtans Montredon, *o.c.*, nr. 172).

Wanneer erfgenamen met niet-gerechtigden in de nalatenschap overeenkomen om de nalatenschap onder elkaar te verdelen, houdt deze overeenkomst een kosteloze afstand in door de erfgenamen van een deel van hun gerechtigheden in de nalatenschap. Deze niet-gerechtigden krijgen dan op grond van die overeenkomst en niet op grond van enige wetsbepaling een deel van de erfgoederen. Dergelijke overeenkomst houdt geen onrechtstreekse maar een rechtsteekse schenking in, die dan ook moet voldoen aan de vormvereisten van art. 931 B.W. (Rb. Dendermonde, 8 maart 1990, *T. Not.*, 1990, 188).

c. Betaling van andersmans schuld

223. De betaling van andermans schuld wordt door het hof van beroep van Gent hét schoolvoorbeeld van een onrechtstreekse schenking genoemd (27 juni 1989, *R.W.*, 1989- 90, 1366). Toch wordt ook wel verdedigd dat een schenking-koop als een vermomde schenking of zelfs als een handgift kan bestempeld worden (zie hoger nrs. 169 e.v.).

d. Beding ten behoeve van derde

224. Zeker dit beding kan een schoolvoorbeeld van een onrechtstreekse schenking worden genoemd en in het bijzonder de animo donandi afgesloten levensverzekeing ten voordele van een derde (zie hierover nrs. 139 e.v.).

e. De terugvallende lijfrente

225. Zie hoger nrs. 132 e.v.

f. Het endosseren van een cheque aan order

226. Zie hoger nr. 181.

§ 5. Sanctie bij niet naleven van de vormvereisten

227. Een schenking die niet gebeurde overeenkomstig de toepasselijke vormvereisten is aangetast door absolute nietigheid.

Dit is niet alleen het geval zo de akte houdende schenking niet door de bevoegde ambtenaar in de vereiste pleegvormen is opgesteld (Antwerpen, 23 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 2305), maar ook wanneer bij handgift goederen worden overgdragen die niet vatbaar zijn voor een effectieve traditio (Bergen, 7 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 356).

Dit gebrek van de schenking kan niet onder de levenden door enige akte van bevestiging worden verholpen (art. 1339 B.W.). De schenking moet in de wettelijke vorm opnieuw worden gedaan (Antwerpen, 23 april 1986, gecit.).

Na de dood van de schenker wordt de nietigheid, die ter bescherming van de erfgenamen werd ingesteld, relatief (art. 1340 B.W.; Bergen, 7 januari 1988, gecit.; De Page, VIII, nr. 487 B; Dupeyroux, *o.c.*, 381; zie ook hoger nr. 49). De erfgenamen kunnen de schenking dan ook bevestigen, hetzij door ze uit te voeren zo dat nog moet gebeuren, hetzij door te verzaken aan de vordering tot nietigheid (Rb. Brussel, 3 januari 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 395, nr. 23765; *Rev. Not. B.*, 1986, 185).

228. Wanneer het geschonken goed een gemeenschapsgoed is, beslist de rechtbank van Brussel (3 januari 1986, gecit.), dat de langstlevende echtgenote, al is zij erfgenaam van haar man, niet rechtsgeldig aan de vordering tot nietigheid kan verzaken. Zij blijft onverdeelde eigenares van al de goederen die voorwerp waren van de schenking. Deze blijft dus, aldus de rechtbank, absoluut nietig. Deze absolute nietigheid kan dan ook ambtshalve door de rechtbank worden ingeroepen.

In de hoofding die in de Recueil général boven het vonnis werd aangebracht, wordt gepreciseerd dat de nietigheid alleen het aandeel treft dat door de nog levende echtgenoot werd geschonken. Dit blijkt niet uit de lectuur van het vonnis zelf, maar lijkt mij een juistere oplossing aangezien bij schenking van gemeenschapsgoederen beide echtgenoten geacht worden het goed geschonken te hebben voor de helft (vgl. verder nr. 464).

AFDELING 3
HERROEPING

§ 1. Wetgevend ingrijpen

1) Afschaffing van art. 960 B.W.

229. Het grootste nieuws inzake de herroeping van schenkingen kwam van de wetgever. Door de wet van 31 maart 1987 op de afstamming werd art. 960 B.W. afgeschaft (maar men vergat art. 953, dat de algemene gronden van herroeping opsomt, aan te passen).

Schenkingen zijn niet langer van rechtswege herroepen door de geboorte van een (eerste) kind van de schenker, ook niet zo de schenking dateert van vóór het van kracht worden van deze wet. Maar schenkingen die vóór 6 juni 1987

van rechtswege herroepen waren, omdat vóór die datum een kind bij de schenker geboren werd, blijven uiteraard herroepen.

Men had dit artikel ook kunnen aanpassen in de zin dat een gelijkaardig gevolg verbonden werd aan de geboorte van een buitenhuwelijks kind (wat trouwens in het wetsontwerp Van Elslande (art. 92) was voorzien). Maar uiteindelijk werd besloten tot de afschaffing van art. 960 B.W., gezien de hinderlijke gevolgen die een herroeping van rechtswege in de practijk meebrengt wegens het gebrek aan publiciteit.

De rechtspraak bleek de laatste jaren trouwens weinig geneigd het artikel nog toe te passen (zie bv. Rb. Brugge, 10 maart 1987, *R.W.*, 1987-88, 53, noot M. Puelinckx-Coene, „Schenkingen en de geboorte achteraf van een kind bij de schenker''; zie hoger nr. 124; zie ook Verslagen en debatten van het C.S.W., 1986, 339; Dossier nr. 6112).

230. Toch kan ook nu nog de geboorte achteraf van een kind bij de schenker, de vroegere schenking in gevaar brengen. Om te beginnen zal dit kind (zo het tenminste tot de nalatenschap van de schenker komt) aanspraak kunnen maken op zijn reserve, wat eventueel aanleiding kan geven tot inkorting.

Bovendien kan de schenking misschien worden aangevallen wegens verdwijnen van de oorzaak (zie hoger nr. 91). Hiertoe moet dan wel aangetoond worden dat het determinerend motief waarom de schenking gebeurde juist het feit was dat de schenker kinderloos was. Dat de rechter hiervan niet zou gauw overtuigd is blijkt uit de rechtspraak inzake legaten vermaakt door een erflater die pas na het testament een kind kreeg (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 645, nr. 145). Aangezien art. 960 alleen schenkingen betrof, werden dergelijk legaten reeds vroeger aangevochten op grond van het verdwijnen van de oorzaak.

2) Het nieuwe art. 334 ter B.W.

231. Door de wet van 31 maart 1987 werd bovendien een nieuwe grond van herroeping van rechtswege ingevoerd, althans van schenkingen die bij huwelijkscontract bedongen werden.

Overeenkomstig art. 334 ter B.W. is dit het geval zo de begiftigde echtgenoot blijkt een overspelig kind te hebben (zie hierover De Wulf, C., „De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimonieel familierecht'', *R.W.*, 1987-88, (273-286), 281; Guldix, E., „De gevolgen van de afstamming andere dan het erfrecht'' in Baeteman, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, 1987, (121-175), 133 e.v.; Hanotiau, M., „Les effets en matière successorale de la loi du 31 mars 1987'', *Rev. Dr. U.L.B.*, 1991, (37-89), 68 e.v.; Puelinckx-Coene, M., „Het nieuwe afstammingsrecht of de grote promotie van de buitenhuwelijkse verwanten'', dit tijdschrift, 1987, (1179-1254), 1203, nrs. 29 e.v.; Raucent, L., „Nouveau droit de la filiation: aspects patrimoniaux'', *Ann. Dr.*, 1987, 356; Vastersavendts, A., „Wijzigingen m.b.t het erfrecht en de milddadigheden van

de wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming'' in Baeteman, G., *o.c.*, (253-282), 269 e.v.).

§ 2. Gronden tot gerechtelijke herroeping

1) Niet vervullen van de voorwaarden

a. Algemeen

232. Schenkingen kunnen herroepen worden wegens het niet vervullen van de voorwaarden (art. 953 B.W.).

Dat de schenking onder dergelijke modaliteit werd gedaan moet door de schenker bewezen worden door een uitdrukkelijk beding in de schenkingsakte zelf of door verwijzing naar een wetsartikel (Luik, 18 november 1987, *T. Not.*, 1990, 329).

De term „voorwaarde'' wordt hier niet in zijn technisch juridische betekenis gebruikt van toekomstige onzekere gebeurtenis, maar er worden de lasten mee bedoeld waaronder de schenking werd gedaan. Als last van de schenking kan men beschouwen alles wat de schenker van de begiftigde wil gedaan krijgen (Dekkers, III, nr. 942).

Het bedingen van de last geeft aan de overeenkomst een gedeeltelijk wederkerig karakter. Art. 953 B.W. is in feite dan ook slechts een toepassing van het stilzwijgend ontbindend beding (art. 1184 B.W.; Cass. Fr., 19 december 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 470, met goedkeurende noot J. Sace; zie de verwijzingen in voetnoot 2 van deze noot).

233. De herroeping treedt in principe niet van rechtswege op, maar moet gevraagd worden aan de rechter. Deze moet dan nagaan of het geheel of gedeeltelijk niet vervullen van de last voldoende zwaarwichtig is om de schenking te herroepen (Antwerpen, 17 april 1984, *T. Not.*, 1985, 101).

Zo bejaarde ouders het huis waarin ze wonen aan hun dochter hebben geschonken, onder voorbehoud van vruchtgebruik en met last van verzorging en onderhoud, dan blijkt hieruit dat hun eigenlijke bedoeling was in hun oude dag in hun vertrouwde woning de nodige verzorging en voeding te krijgen, m.a.w. dit was de determinerende oorzaak van hun gift.

Deze schenking kan dan ook herroepen worden wegens niet vervullen van de lasten als de begiftigden alleen maar bereid blijken dit onderhoud en verzorging in hun eigen huis te verstrekken (Antwerpen, 17 april 1984, gecit.).

234. Wanneer blijkt dat de last niet meer kan worden uitgevoerd, zoals hij oorspronkelijk bedongen was, kan hij bij vonnis worden omgezet, bv. de last kosteloos logies, verzorging en bijstand te verstrekken kan vervangen worden door een maandelijkse betaling van een geldsom. De schenker van een schenking met last heeft immers de mogelijkheid over te gaan tot gedwongen uitvoering, hetzij in natura, hetzij bij equivalent (Rb. Leuven,

5 september 1986, *Pas.*, 1986, III, 108; zie ook Kruithof, R., „Overzicht van rechtspraak (1974-80). Verbintenissen'', dit tijdschrift, 1983, 637, nr. 131).

Bij de bepaling van de som die als equivalente prestatie wordt toegekend, kan rekening gehouden worden met het feit dat het niet meer kunnen uitvoeren van de last mede te wijten is aan de schuld van de schenker en dat nog andere lasten bedongen werden die wel werden uitgevoerd.

De som die als equivalente prestatie voor dit logies en onderhoud werd bedoeld moet niet beschouwd worden als een onveranderlijke lijfrente. Het gezag van gewijsde rebus sic stantibus belet de rechter niet later het bedrag van de geldsom aan te passen aan nieuwe omstandigheden (Rb. Leuven, 5 september 1986, gecit.).

Het hof van Antwerpen was evenwel van oordeel (17 april 1984, gecit.) dat op een vraag tot toekenning van een onderhoudsgeld (als equivalente prestatie voor verzorging en voeding) niet moest worden ingegaan, zo bleek dat de begiftigden toch niet tot enige betaling bereid waren. De schenking werd daarom door het hof herroepen.

b. Respijttermijnen

235. Nu art. 953 B.W. gezien wordt als een toepassing van art. 1184, kan de rechter tot wie een verzoek tot herroeping wordt gericht wegens niet vervullen van de lasten, een termijn vaststellen binnen dewelke de last vooralsnog kan vervuld worden. Bij het bepalen van die termijn houdt hij rekening met de tijd die voor die uitvoering normalerwijze nodig is.

Deze vrij algemeen aanvaarde opvatting (Gent, 26 november 1930, *Pas.*, 1932, II, 36; *Rev. Prat. Not.*, 1933, 119; Rb. Marche, 13 februari 1932, *Jur. Liège*, 1932, 98; Rb. Verviers, 20 juni 1932, *Rev. Prat. Not.*, 1933, 563; Luik, 12 maart 1965, *Rev. Prat. Not.*, 1966, 40; *J.T.*, 1965, 487; Luik, 17 juni 1970, *Jur. Liège*, 1970-71, 177; zie ook Dekkers, III, nr. 955; De Page, VIII, nr. 635 en *R.P.D.B.*, tw° Donations et testaments, nr. 573; vgl. inzake herroeping van legaten nr. 368) werd in deze periode ook bevestigd door het Franse Hof van Cassatie (19 december 1984, gecit.).

Volgens dit hof kan — en dat werd voor het eerst gepreciseerd inzake herroeping wegens niet vervullen van de lasten — na het verstrijken van deze termijn geen tweede uitstel aan de begiftigde meer verleend worden, zelfs al had deze helemaal geen fout aan het niet vervullen van de last.

Deze uitspraak sluit aan bij de rechtsleer en rechtspraak inzake de toepassing van art. 1184, lid 3 B.W. Uitstel van uitvoering druist in tegen wat tussen partijen werd overeengekomen en hun tot wet strekt. Een afwijking hierop, die door de rechter om billijkheidsredenen kan worden toegestaan, kan nochtans geen tweede keer worden toegekend zonder afbreuk te doen aan de bindende kracht van de overeenkomst (zie Sace, gecit. noot).

c. De verplichting van kantmelding van de eis

236. Overeenkomstig art. 3 en 4 van de Hypotheekwet is de vordering tot

gerechtelijke herroeping van een schenking van onroerende goederen (en dus van rechten die voortvloeien uit akten die aan overschrijving onderworpen zijn) niet ontvankelijk, zo de eis niet werd ingeschreven op de kant van de overschrijving van de aangevochten schenkingsakte.Volgens de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (25 februari 1988, *T. Not.*, 1988, 201) is dit ook het geval zo de herroeping gebeurt op grond van het niet vervullen van de lasten.

In de rechtsleer wordt nochtans het tegendeel voorgehouden (zie o.m. De Page, VIII, nr. 650; De Bounge, A., „Hypotheekvestiging op bij schenking verkregen goederen'' in *Recht in beweging. Liber amicorum R. Victor*, (149-173), 166). De reden is dat dergelijke kantvermelding slechts zin heeft zo de eis tot herroeping geen terugwerkende kracht heeft, wat bv. bij herroeping op grond van ondankbaarheid het geval is (art. 958 B.W.). De herroeping heeft daar slechts gevolgen t.a.v. vervreemdingen, hypotheken en andere zakelijke lasten waarmee het geschonken goed bezwaard werd nadat deze kantmelding gebeurde. Deze kantmelding heeft dus tot doel derden te verwittigen van dit eventuele gevaar.

De herroeping wegens niet vervulling van de lasten daarentegen gebeurt met terugwerkende kracht (art. 954 B.W.) zodat *alle* vervreemdingen en belastingen door de begiftigde gedaan, kunnen aangevochten worden.

De rechtbank was evenwel van oordeel dat art. 3 van de hypotheekwet, dat deze verplichting oplegt, geen uitzondering terzake voorziet.

d. Enge interpretatie van de opgelegde last

237. Schenkers die bedongen hebben dat het geschonken goed niet kan vervreemd worden zonder hun instemming, kunnen volgens het hof van beroep van Antwerpen (26 maart 1984, *R.W.*, 1985-86, noot M. Puelinckx-Coene) geen vordering tot herroeping wegens niet vervulling van de lasten instellen, zo het geschonken goed door de begiftigde conventioneel gehypothekeerd werd en door schuldseisers van de begiftigde in beslag genomen en publiek verkocht.

Traditioneel (Cass. Fr., 17 maart 1964, *Bull. Civ.*, 1, 124; Cass. Fr., 20 februari 1939, *D.H.*, 1939, 196; Wagner, A., „La clause d'aliénabilité dans les donations et les legs'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1908, (311-360), nr. 51) wordt nochtans aangenomen dat een vervreemdingsverbod, tenzij anders werd bedongen, ook het verbod inhoudt het goed te hypothekeren. Bovendien werd in de akte gespecifieerd dat de schenkers afstand deden van hun recht art. 953 B.W. in te roepen zo het geschonken goed in pand zou worden gegeven voor een lening ter financiering van het bouwen van een huis.

A contrario kon hieruit toch worden afgeleid dat ze dat recht wel behielden zo het geschonken goed om een andere reden zou gehypothekeerd worden.

Het standpunt van het hof is nochtans te begrijpen. In datzelfde arrest had het hof ook geoordeeld dat ondanks het vervreemdingsverbod, het goed beslagbaar bleef voor de schuldeisers van de begiftigde (zie hoger, nr. 101).

Bijkomend de vordering tot herroeping inwilligen zou betekenen dat de schuldeisers het geschonken goed toch niet tot onderpand kregen en er op neerkomen dat met de ene hand teruggenomen werd wat met de andere gegeven was!

238. De last moet ook verbonden zijn aan de schenking zelf. Het hof van Antwerpen (25 juni 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 78, noot H. De Decker; *T. Not.*, 1987, 451; *J.T.*, 1988, 557; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 393, nr. 23764) was van oordeel dat de rechtbank van eerste aanleg terecht een vordering van een moeder had afgewezen tot herroeping van een schenking wegens niet vervulling van de lasten. De moeder had via het procédé van de dubbele akte (zie hierover verder nrs. 472 e.v.) haar goederen in onverdeeldheid geschonken aan al haar kinderen onder last voor alle kinderen voor haar te zorgen in geval van noodzaak en de kosten gelijk onder mekaar te verdelen. De kinderen hadden daarop deze goederen onder elkaar verdeeld en de verzorgingslast in zijn totaliteit aan één kind opgedragen. De rechtbank wees de vordering tot herroeping af omdat de last van verzorging aan alle kinderen was opgedragen en de exclusieve verplichting tot verzorging geen last was van de schenking doch van de overeenkomst tussen de kinderen onderling die zonder tussenkomst van de moeder was tot stand gekomen. Maar de last was toch verbonden aan elke schenking van een onverdeeld aandeel aan elk kind, die allen voor gelijke delen moesten dragen in de kosten. De uitspraak kan dan ook alleen maar bijgetreden worden zo het kind slechts gedeeltelijk zijn exclusieve verplichting nakwam, maar binnen de perken waartoe het op grond van de schenking gehouden was. Kwam het de last in generlei mate na, dan kon toch de schenking van zijn onverdeeld aandeel herroepen worden, zodat het retroactief geacht moest worden geen deelgenoot te zijn en het dus ook niet langer aanspraak kon maken op het goed dat hem bij de verdeling werd toebedeeld.

2) Ondankbaarheid

a. Algemeen

239. Schenkingen kunnen ook gerechtelijk worden herroepen wegens ondankbaarheid.

Aangenomen wordt (De Page, VIII, nr. 654) dat het hier niet gaat om een toepassing van art. 1184 B.W., omdat de begiftigde zijn verbintenis tot erkentelijkheid jegens de schenker niet zou zijn nagekomen (zie hoger nr. 108), maar dat we hier te maken hebben met een civiele sanctie.

Herroeping wegens ondankbaarheid is dan ook slechts mogelijk in de drie gevallen die door de wet (art. 955 B.W.) limitatief zijn voorzien: aanslag op het leven van de schenker, mishandelingen, misdrijven of grove beledigingen of weigering van levensonderhoud door de begiftigde (Rb. Luik, 7 mei 1990, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 251, nr. 23987; De Page, VIII, nr. 656). Men kan dan ook spreken van gekwalificeerde ondankbaarheid.

240. Het hof van Brussel (23 oktober 1987, *J.L.M.B.*, 1989, 5) oordeelde dat de begiftigde zich schuldig gemaakt had aan mishandelingen, misdrijven en grove beledigingen en dus ondankbaar was geweest in de zin van art. 955 B.W., omdat hij met de hulp van nog twee andere personen de schenkster met geweld uit een rusthuis had trachten te ontvoeren. Het was daarbij irrelevant dat de strafrechterlijke vordering zonder gevolg geklasseerd werd.

Het hof van Antwerpen daarentegen vond het onzinnig te beweren dat de begiftigde ondankbaar was geweest omdat hij het geschonken goed, ondanks een clausule van onvervreemdbaarheid, had gehypothekeerd en omdat hij zijn zaken slordig had beheerd wat aanleiding gaf tot beslag van het goed (Antwerpen, 2 maart 1983, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 179, nr. 23326).

Ook de weigering van de begiftigden de schenkers in hun eigen huis te verzorgen, maar aan te bieden dit bij hen te doen, viel volgens het hof niet onder de toepassing van art. 955 B.W. Het ging hier wel om een geval van niet vervulling van de last, die aan de schenking verbonden was (Antwerpen, 17 april 1984, *T. Not.*, 1985, 100; zie hoger nr. 233).

241. Zo de herroeping wegens ondankbaarheid gebaseerd is op grove beledigingen van de begiftigde zal de rechter moeten nagaan of de aangehaalde feiten voldoende zwaar zijn en met de bedoeling werden gesteld de schenker te beledigen. Men spreekt van „animus injurandi'' (Rb. Luik, 7 mei 1990, gecit.; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 566, nr. 42).

Overspel van de begiftigde echtgenoot kan een reden tot herroeping zijn (Bergen, 29 april 1987, *Pas.*, 1987, I, 162; *Rev. Not. B.*, 1987, 370). Het feit dat de schenkster een vriendelijke brief heeft geschreven naar de maîtresse van haar begiftigde man bewijst niet dat zij op de hoogte was van de overspelige relatie en die heeft goedgekeurd (Brussel, 24 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 618).

b. Schenkingen ten voordele van het huwelijk

242. Overeenkomstig art. 959 B.W. kunnen schenkingen ten voordele van het huwelijk gedaan niet wegens ondankbaarheid worden herroepen.

Algemeen wordt aanvaard dat dit artikel geldt t.a.v. schenkingen door derden in het huwelijkscontract gedaan, de bedoeling is dat de kinderen die uit het huwelijk geboren worden niet mogen gestraft worden door het onbehoorlijk gedrag van een van hun ouders.

Is dit artikel ook van toepassing t.a.v. schenkingen bij huwelijkscontract door de echtgenoten zelf gedaan?

Alhoewel de algemene bewoordingen waarin art. 959 B.W. is opgesteld op het eerste gezicht geen uitzonderingen toelaten, wordt toch aangenomen dat schenkingen tussen echtgenoten buiten het toepassingsveld vallen. De ratio legis voor het behoud van de schenking is daar immers niet van toepassing. De herroeping schaadt niet aan de kinderen die uit het huwelijk geboren worden, want deze erven hoe dan ook van hun beide ouders (zie reeds Rb.

Brussel, 18 mei 1898, *Pas.*, 1898, III, 232; Cass., 13 juni 1912, *Pas.*, 1912, I, 346; Cass. Fr., 1 maart 1977, *Journ. des Not.*, 1978, 831; Casman, nr. 1113; Raucent, *Les libéralités*, 116; Van Quickenborne, M., *A.P.R.*, tw° Contractuele erfstellingen, 1991, nr. 579; Planiol-Ripert, V, nr. 750 en verwijzingen daar; Chevalier, J., „De la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités entre époux ou futurs époux'', *Rev. Crit.*, 1933, 257).

In deze periode kreeg het hof van beroep van Bergen (29 april 1987, gecit.) een vordering tot herroeping wegens ondankbaarheid te beoordelen van een schenking tussen echtgenoten. De vraag of dergelijke vordering wel mogelijk was gezien art. 959 B.W. werd er niet eens opgeworpen.

c. Termijn waarbinnen de vordering moet ingesteld worden

243. Overeenkomstig art. 957 B.W. moet deze vordering worden ingesteld binnen het jaar te rekenen van de dag van het misdrijf of van de dag waarop het misdrijf de schenker kon bekend zijn (Rb. Hoei, 12 februari 1987, *Rev. Not. B.*, 1991, 344, noot Raucent).

Deze termijn begint nochtans niet te lopen zolang het feit waaruit de ondankbaarheid blijkt voortduurt (Bergen, 29 april 1987, gecit.; De Page, VIII, nr. 671; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 565, nr. 42). Zo de ondankbaarheid blijkt uit verschillende feiten die met elkaar verbonden zijn in die zin dat de laatste feiten slechts de voortzetting en het vervolg zijn van de vorige, begint de termijn slechts te lopen vanaf het laatste feit (Brussel, 24 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 618).

Zie ook verder nr. 250.

d. Wie kan de vordering instellen

244. Het hof van Bergen (29 april 1987, gecit.) was van oordeel dat, ondanks de restrictieve aanhef van het tweede lid van art. 957 (zie evenwel de correcties op het einde van dat lid), deze vordering ook openstaat voor de erfgenamen „die de persoon van de erflater voortzetten'' (zie reeds Cass., 3 juli 1941, *Pas.*, 1941, I, 273).

Deze opvolgers in de persoon kunnen om te beginnen de vordering verderzetten, zo de erflater ze tijdens zijn leven binnen de gestelde termijn instelde. Maar zij kunnen de vordering ook zelf instellen, zo de erflater binnen het jaar overleden is. Het hof van Bergen preciseert dat zo de erflater op de hoogte was van de feiten (wat in casu het geval was), dit binnen de termijn moet gebeuren waarbinnen de schenker zelf de vordering moest instellen.

A contrario kan daaruit worden afgeleid dat, zo de schenker die feiten niet kende, de opvolgers in de persoon de vordering nog kunnen instellen en dit zelfs gedurende een jaar nadat zij van die feiten kennis kregen. Dit wordt trouwens met zoveel woorden door De Page (VIII, nr. 667, 774) geleerd.

Het hof van beroep van Brussel (24 september 1991, gecit.) preciseert dan weer dat zo de feiten de schenker wel bekend waren maar ze onderling

verbonden waren en voortduurden tot het overlijden van de schenker, de erfgenamen nog beschikken over een termijn van één jaar na het overlijden.

§ 3. Schenkingen tussen echtgenoten

1) Algemeen

245. Schenkingen tussen echtgenoten tijdens het huwelijk en buiten huwelijkscontract gedaan, zijn essentieel en ad nutum herroepelijk (art. 1096 B.W.).

Deze herroeping is voltrokken door de enkele wil van de echtgenootschenker. De rechtbank spreekt de herroeping niet uit, ze stelt deze alleen vast (Rb. Marche-en-Famenne, 8 december 1986 en 13 augustus 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 255).

Belangrijk is dus te weten of de schenking tijdens het huwelijk gebeurde. Zo toekomstige echtgenoten vóór het huwelijk een verkoopscompromis ondertekenen waarbij ze een goed in onverdeeldheid aankopen, maar de authentieke akte pas na het huwelijk verleden wordt en ter dier gelegenheid de integraliteit van de koopsom door de man betaald wordt, dateert de schenking van deze som van tijdens het huwelijk en is ze ad nutum herroepelijk (Rb. Marche-en-Famenne, 8 december 1986 en 13 augustus 1987, gecit.)

246. Aan dit herroepelijk karakter wordt geen afbreuk gedaan wanneer de schenking aan de echtgenote een onafscheidbaar accessorium vormt van een onherroepelijke schenking door haar man aan zijn dochter bij schenkingsakte gedaan, en de schenking door die echtgenote in die schenkingsakte wordt aanvaard. Er is dan ook geen reden om deze schenking nietig te verklaren (Cass. Fr., 25 april 1989, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 401, nr. 23916).

2) Wijze van herroepen

247. Dergelijke ad nutum herroeping moet niet expressis verbis gebeuren, ze is ook stilzwijgend mogelijk nl. door elke handeling van de schenker waaruit ondubbelzinnig zijn bedoeling blijkt om de schenking ongedaan te maken (Gent, 28 juni 1985, *T.G.R.*, 1986, 6; Van Quickenborne, *o.c.*, II) of uit een geheel van omstandigheden die gelijk kunnen gesteld worden met een wilsuitdrukking (zie bv. Parijs, 28 januari 1969, *Gaz. Pal.*, 1969, I, 341, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1969, 812 en opmerkingen Savatier; zie ook verder nr. 250). Nochtans kan niet elke gedraging die tegenstrijdig lijkt met een blijvende vrijgevige bedoeling, als een stilzwijgende herroeping worden aangezien.

Zo was het hof van Antwerpen (2 november 1988, A.R. nr. 2525, 85, in noot geciteerd na Antwerpen, 9 november 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 486) van oordeel dat het loutere feit dat de echtgenoten reeds meer dan tien jaar

feitelijk gescheiden leefden, niet als een stilzwijgende herroeping van de gedane schenkingen kon beschouwd worden.

3) Herroeping ad nutum na aanvaarding van een begunstiging in een levensverzekeringscontract

248. Wanneer in een levensverzekeringscontract een echtgenoot zijn wederhelft als begunstigde aanstelt, en deze het beding aanvaardt, kan, overeenkomstig art. 1121, lid 2 B.W., door de verzekeringsnemer niet meer op deze aanduiding worden teruggekomen.

Zo deze aanduiding animo donandi gebeurde en deze aanduiding dus een (onrechtsteekse) schenking inhield, was de vraag hoe deze regel diende gecombineerd te worden met art. 1096 B.W. Het probleem stelde zich het scherpst wanneer men aannam dat niet de premies, maar wel het recht op het kapitaal voorwerp was van de schenking (zie hierover hoger nrs. 162 e.v.).

Er werd gepleit art. 1096 B.W. als regel van openbare orde voorrang te verlenen op art. 1121, lid 2 (zie o.a. Facq, J., „Enkele familiaalvermogensrechtelijke aspecten van de levensverzekering tussen echtgenoten'', *R.W.*, 1982-83, (1775-1796), 1792). Deze stelling werd nu bevestigd in art. 121 van de nieuwe verzekeringswet (zie hierover ook hoger nr. 140; vgl. hoger nr. 82).

4) Art. 1097 B.W.

249. Om deze ad nutum herroepelijkheid te vrijwaren kunnen echtgenoten mekaar geen wederkerige schenkingen doen bij één en dezelfde akte (vgl. nr. 257 inzake testamenten; zie ook de kritiek in vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 567, nr. 44).

Nochtans wordt in ons land vrij algemeen aangenomen dat art. 1097 B.W. slechts een vormregel inhoudt (Cass., 29 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 892; *Pas.*, 1977, I, 883; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, nr. 22375, noot) en dus niet van toepassing is op onrechtstreekse schenkingen (Rb. Antwerpen, 9 mei 1990, *T. Not.*, 1991, 389; Stiénon, P., *Libéralités entre époux, gains de survie et avantages matrimoniaux*, 155; Weyts, L. (ed.), *De schenkingsakten*, 78, nr. 109; Van Quickenborne, M., „Wederkerige giften'', dit tijdschrift, 1975, 691; Wallemacq, „Communauté et succession (Rente viagère. Réversibilité. Récompense. Usufruit successoral. Droit d'enregistrement. Impôt successoral. Impôt sur les revenues)'', *Ann. Not.*, 1941, 192; Le Hon, A., „Reversion d'usufruit et accroissement entre époux, droit fiscal, droit civil'', *Rev. Prat. Not.*, 1958, (309-325), 311).

5) Art. 299 B.W.

250. Op grond van artikel 299 B.W. zijn na echtscheiding op schuldgrond alle voordelen die de onschuldige echtgenoot aan de schuldig bevonden

echtgenoot heeft toegestaan bij huwelijkscontract of tijdens het huwelijk van rechtswege herroepen. Deze schuldige echtgenoot heeft zich immers ondankbaar gedragen tegenover de schenker.

Het hof van beroep van Brussel (24 september 1991, gecit.) was van oordeel dat het instellen van de vordering tot echtscheiding wegens overspel, op grond van art. 299 B.W. ook de uitoefening impliceert van de vordering tot herroeping wegens ondankbaarheid van de schenkingen, die door de bedrogen echtgenote aan haar ontrouwe man waren gedaan.

De erfgenamen die laattijdig een vordering tot herroeping van die schenking hadden ingesteld, hadden volgens het hof in feite de (impliciete en) tijdig ingestelde vordering van de schenkster voortgezet.

En inderdaad, overeenkomstig de heersende opvatting van de Belgische rechtspraak en rechtsleer, houdt een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed op schuldgrond de eis tot herroeping wegens ondankbaarheid in (Rb. Brussel, 18 mei 1898; *Pas.*, 1898, III, 232; Luik, 12 februari 1958, *Jur. Liège*, 1957-58, 201; *Rev. Prat. Not.*, 1958, 358; Rb. Antwerpen, 26 maart 1949, *R.W.*, 1949-50, 718; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1950, 284 nr. 15.614; De Page, VIII, nr. 667; Casman, nr. 1113; Baudry-Lacantinerie, X., *Donations et testaments*, nr. 1618; Kluyskens, III, nr. 180 ter; contra: Rb. Antwerpen, 19 maart , *J.T.*, 1948, 509, met goedkeurende noot R. Van Lint; Planiol-Ripert, V, nr. 750, 936 en overvloedige verwijzingen in voetnoot 2).

In de geciteerde rechtspraak ging het nochtans steeds om schenkingen tussen echtgenoten bij huwelijkscontract bedongen. Deze zijn in principe onherroepelijk; zie ook verder nr. 450).

Het geval dat het hof van Brussel te beoordelen kreeg, betrof evenwel een schenking buiten huwelijkscontract gedaan en dit verschil is in casu wel belangrijk (zie Cass. Fr., 12 december 1951, *Bull. Civ.*, nr. 345, 272 en Stiénon, P., *Libéralités entre époux, gains de survie et avantages matrimoniaux*, 150). Schenkingen buiten huwelijkscontract zijn immers ad nutum herroepelijk (art. 1096 B.W.).

Deze schenkingen kunnen natuurlijk ook op grond van ondankbaarheid aangevochten worden, maar was dat nog nodig?

Zo de eis tot echtscheiding de eis tot herroeping inhoudt heeft de eiser op die manier op een impliciete, maar voldoende wijze, zijn wil te kennen gegeven op zijn schenkingen terug te willen komen. De ad nutum herroepbare schenkingen buiten huwelijkscontract (in tegenstelling tot deze die bij huwelijkscontract bedongen) zijn op die manier meteen herroepen (zie ook hoger nr. 247).

251. Onder „voordelen'' bedoeld in artikel 299 B.W. moeten alle giften tussen echtgenoten begrepen worden, ook de onrechtstreekse schenkingen als bv. een levensverzekering (Rb. Verviers, 2 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 624; Dubuisson, D., „L'assurance-vie dans le droit des libéralités

et des successions'', *R.G.A.R.*, 1986, (11.107 en 11.121), 11.121/6; Lebeau, „Révocation de l'attribution du bénéfice de l'assurance-vie après acceptation'', *Bull. Ass.*, 1971, 351 e.v., 357; Eeckhaute, M., „L'art. 299 du Code civil et la théorie des avantages marimoniaux'', *Rev. Not. B.*, 1984, 120.

Dat dit voordeel inderdaad vervalt, zelfs nadat de begiftigde echtgenoot het beding heeft aanvaard, wordt nu uitdrukkelijk bevestigd in art. 121 van de nieuwe verzekeringswet (zie hoger nr. 140).

6) De begiftigde echtgenoot blijkt een overspelig kind te hebben

252. De herroeping van rechtswege in dergelijk geval voorzien door art. 334 ter B.W. (zie hoger nr. 231), geldt t.a.v. schenkingen bij huwelijkscontract toegestaan, maar niet voor schenkingen die buiten huwelijkscontract bedongen werden. Die zijn immers ad nutum herroepelijk door de bedrogen echtgenoot.

Maar die ad nutum herroeping kan niet meer gebeuren zo pas na het overlijden van de bedrogen echtgenoot bekend wordt dat de begiftigde echtgenoot een overspelig kind heeft.

Nu wordt aangenomen dat de erfgenamen na het overlijden nog gedurende een jaar nadat ze op de hoogte waren van de feiten een vordering tot gerechtelijke herroeping wegens ondankbaarheid kunnen instellen (zie hoger nr. 244), kunnen deze schenkingen dus toch nog voor de rechter worden aangevochten wegens ondankbaarheid.

De erfgenamen moeten dan als grove belediging de ontrouw van de overlevende echtgenoot inroepen, feit dat zich bij hypothese tijdens het leven van de schenker heeft voorgedaan, en niet de vaststelling van de afstamming, wat na het overlijden gebeurde. Inzake schenkingen (in tegenstelling tot de legaten (art. 1047 B.W.) bestaat er immers geen vordering tot herroeping wegens grove belediging de nagedachtenis van de schenker aangedaan (De Page, VIII, nr. 667).

De erfgenamen moeten dan wel aantonen dat de overledene zelf niet op de hoogte was van de ontrouw (zie hierover ook Puelinckx-Coene, M., „De vermogensrechtelijke gevolgen van de nieuwe afstammingswet'' in Senaeve, P., *Het nieuwe afstammingsrecht*, Acco, 1987, (257-319), 313; in die zin ook Hanotiau, M., „Les effets en matière successorale de la loi du 31 mars 1987'', *Rev. Dr. U.L.B.*, 1991, (37-89), 68.).

Zo de schenker wel op de hoogte was van de ontrouw, zullen zijn erfgenamen de vordering nog gedurende één jaar na diens overlijden kunnen instellen zo de ontrouw tot zijn overlijden voortduurde, tenzij kan aangetoond worden dat het stilzitten van de schenker diens vergiffenis impliceerde.

HOOFDSTUK III

TESTAMENTEN

AFDELING 1
KENMERKEN VAN HET TESTAMENT

1) Een echte beschikking

253. Het testament is een beschikking over goederen voor na het overlijden. Loutere wensen houden geen echte beschikking in. Toch wordt traditioneel door de rechtspraak aangenomen (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 575, nr. 53) dat het loutere gebruik van op het eerste gezicht eerder precatieve formules als „ik wens'', „ik zou graag hebben'' niet van aard zijn meteen de bindende kracht in twijfel te trekken.

Dit is volgens het hof van beroep van Brussel (20 mei 1983, *Rev. Not. B.*, 1988, 161) m.n. niet het geval zo na „ik wens'' het vervolg van de zin in de toekomende tijd wordt gesteld en verder ook gebruik gemaakt wordt van zinsneden als „op last van''. De erflater heeft zich zodoende alleen maar op een beleefde manier uitgedrukt, zonder dat hierdoor afbreuk wordt gedaan aan zijn werkelijke wil over zijn goederen te beschikken (vgl. Parijs, 22 september 1986, *D.S.*, 1987, 150, noot I. Najjar).

2) Gebruikte document

254. In deze periode werd het — zij het impliciet — door het Hof van Cassatie (9 maart 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 425, noot J.E.) bevestigd, dat het niet nodig is dat uiterste wilsbeschikkingen worden opgenomen in een document dat zich aandient als een testament (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 575, nr. 54). Een eigenhandig geschreven, gedateerde en ondertekende brief moet als een rechtsgeldig eigenhandig testament beschouwd worden zo hij laatste wilsbeschikkingen bevat (Rb. Dinant, 11 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 293; Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147). Het is zelfs niet nodig dat de erflater zich ook gerealiseerd heeft dat hij op die manier een testament aan het maken was.

3) Pas uitwerking na overlijden

255. Het testament krijgt slechts uitwerking na het overlijden van de erflater (Cass., 9 maart 1989, gecit. implic.). Dit essentiële kenmerk kleeft aan alle beschikkingen die in een testament zijn opgenomen en bv. ook aan een legaat ten voordele van de schuldeiser van de erflater, zelfs zo kan bewezen worden dat dit legaat alleen maar gebeurde ter voldoening van de schuld van de erflater (Brussel, 1 juni 1989, *Pas.*, 1989, II, 317; zie ook verder nr. 329).

4) Herroepelijke akte

256. De herroepelijkheid van het testament behoort tot de essentie zelf van deze rechtshandeling. De rechtspraak houdt daar nog steeds (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 575, nr. 56) streng de hand aan.

Door de rechtbank van Brugge (5 januari 1981, *T.B.R.*, 1985, 34) werd een testament, dat de erflater zijn „laatste en onherroepelijk'' testament had genoemd, nietig verklaard en wel om de klassieke reden: de erflater had kunnen denken dat hij zich op die manier het recht had ontzegd nog een testament te maken, zodat het niet zeker was dat dit laatste testament ook de laatste wil bevatte.

Ook in deze periode kwam dit op het eerste gezicht eigenaardig probleem (zie nochtans vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 575, nr. 56) meer dan eens aan de orde.

Zo was het Hof van Cassatie (15 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 813) in een gelijkaardig geval van oordeel dat de rechter niet ambtshalve hoeft te onderzoeken of een testament niet moet nietig verklaard worden om enige inhoudelijke reden, zelfs al raakt deze de openbare orde.

Het ging er om een eerder bijzonder geval. De erflater had een eigenhandig testament gemaakt waarin hij nog één bijzonder legaat vermaakte maar bovendien waarschuwde dat alle stukken die hij geschreven had en die hij nog zou schrijven als onbestaand moesten beschouwd worden. Alleen zijn voor notaris J. verleden testament was geldig.

De oorspronkelijke betwisting betrof nochtans niet de geldigheid van dat eigenhandig testament maar van een ander eigenhandig testament, waarvan niet met zekerheid kon worden uitgemaakt of het enkele dagen vóór of na dat kwestieuse eigenhandig maar volledig gedateerd testament was opgesteld.

De legataris die in dat onvolledig gedateerde en daarom betwiste testament was aangeduid vroeg afgifte van zijn legaat. In cassatie wierp hij (om de geldigheid van dat testament te bepleiten — zie hierover verder nr. 293 — en blijkbaar voor het eerst) op dat het onbelangrijk was welke de volgorde van de testamenten was, omdat het met zekerheid gedateerde testament nietig was, als strijdig met 895 B.W., wat ambtshalve door de beroepsrechter had moeten vastgesteld worden. Het Hof van Cassatie was, zoals gezegd, niet van oordeel dat dit ambtshalve moest gebeuren, waaruit men kan afleiden dat het hof de aangelegenheid niet van eigenlijke, maar van oneigenlijke openbare orde beschouwde (zie Van Gerven, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht.* dl. I. *Algemeen deel*, nr. 26).

Het sprak zich evenwel niet uit over de nietigheid van het gedateerde eigenhandig testament en al evenmin over de toch wel interessante (maar blijkbaar al evenmin opgeworpen) vraag of deze verklaring in het latere testament niet van aard was de nietigheid mee te brengen van het openbaar testament dat er door onherroepelijk werd gemaakt.

5) Geen gemeenschappelijke beschikking

257. Omwille van de essentiële herroepelijkheid zijn gemeenschappelijke testamenten nietig (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 576, nr. 57).

Hierbij moet onderscheid gemaakt worden tussen twee situaties. Op de eerste plaats kunnen twee laatste wilsbeschikkingen, die uitgaan van twee verschillende erflaters in éénzelfde tekst verwoord zijn. Dergelijke formeel wederkerige testamenten worden uitdrukkelijk door art. 968 B.W. verboden. Ze zijn nietig zelfs al werden zij door beide erflaters ondertekend.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat art. 968 B.W. alleen een vormregel inhoudt (De Page, VIII, nr. 813; Fossereau, „Les testaments conjonctifs'', *Journ. Not.*, 1961, 449-460, art. 46498; Jacobs, *o.c.*, *A.P.R.*, nr. 24; Van Quickenborne, M., „Wederkerige giften'', dit tijdschrift, 1975, (689-714), nr. 24).

258. Art. 968 B.W. is niet overtreden wanneer twee echtgenoten in twee afzonderlijke geschriften, die ook afzonderlijk ondertekend zijn maar die eventueel op hetzelfde dokument geschreven zijn, laatste wilsbeschikkingen treffen die in exact dezelfde bewoordingen zijn gesteld. Men spreekt in dit verband van „spiegeltestamenten''.

Hier is dan wel nodig dat uit geen enkele clausule blijkt dat beide beschikkingen onderling als gebonden, afhankelijk of eenzijdig onherroepelijk werden bedoeld, want anders heeft men te maken met wat Jacobs (ibidem, nr. 25) een inhoudelijk conjunctief testament noemt.

Hier bestaat geen formele maar wel een materiële binding. Dergelijke testamenten zijn nietig, niet omdat inbreuk gepleegd werd op art. 968, maar wel op de regel van de herroepelijkheid, wezenskenmerk van het testament (De Page, VIII, nr. 812).

Volgens de rechtbank van Luik (5 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1208) viseert art. 968 B.W. alleen een juridische vermenging, wat de indruk geeft dat de rechtbank ook een inhoudelijke binding lijkt te bedoelen.

Ze had er, omdat zij er van overtuigd was dat elke onderlinge afhankelijkheid ontbrak, geen moeite mee dat bij twee voor de rest geldige spiegeltestamenten onderaan door de andere echtgenoot was aangebracht „gelezen en goedgekeurd'', gevolgd door diens handtekening.

Of de nietigheid gegrond wordt op een vormgebrek, dan wel op een inbreuk op een wezenskenmerk, maakt wel een verschil uit (zie hierover verder nr. 262).

6) Een beschikking over goederen

259. Vormt een beschikking nopens de goederen van de erflater een onmisbaar element, zonder hetwelk men van geen geldig testament kan spreken?

De rechtbank van Antwerpen (7 september 1989, *T. Not.*, 1990, 109) was die

mening toegedaan, en sloot zo aan bij de oude rechtsleer (zie vooral Laurent, XI, nr. 103, 129, en *Pandectes belges*, tw° Testament en général, nr. 10). Dit vereiste lijkt afgeleid te kunnen worden uit de definitie zelf van het testament, zoals die door art. 895 B.W. gegeven wordt.

Maar de recentere rechtsleer (De Page, VIII, nr. 826; Dillemans, *o.c.*, nr. 163; Jacobs, nr. 3; Sace, nr. 14; Matthijs, J., „Uit de praktijk. Over de geldigheid van het testament dat alleen extrapatrimoniale beschikkingen bevat'', *T. Not.*, 1963, 177; Van Sinay, noot onder Rb. Dendermonde, 9 april 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, 325; zie ook Gent, 15 maart 1962, *T. Not.*, 1963, 179) wijst unaniem dergelijke strikte en exegetische interpretatie af. Niet dat over goederen beschikt wordt is essentieel voor het testament, wel dat beschikt wordt voor na het overlijden.

Deze opvatting kreeg navolging van de rechtbank van Dinant (11 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 293).

260. In de beide gevallen die respectievelijk de rechtbank van Antwerpen en deze van Dinant te beoordelen kregen, betrof de betwisting een geschrift dat alleen de herroeping van een vorig testament inhield.

Dat een testament, dat alleen dergelijke beschikking inhoudt, geldig is, wordt algemeen aanvaard (De Page, VIII, nr. 1191; Dillemans, *o.c.*, nr. 161, c, met verwijzing naar oude rechtspraak; Raucent, nr. 322; Sace, nr. 350; Van Sinay, T., noot onder Rb. Dendermonde, 9 april 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, (325-332), 328).

Men kan zich trouwens afvragen of dit wel een louter extrapatrimoniale beschikking is. In feite omvat zo'n testament een nieuwe beschikking ten bate van diegenen die door het herroepen testament onterfd waren (Jacobs, nr. 187).

De strenge houding van de rechtbank van Antwerpen is waarschijnlijk mede te verklaren door het feit dat het niet zo duidelijk was of aan het briefje, waarvan beweerd werd dat het een herroeping inhield, die draagwijdte kon gegeven worden (zie verder nr. 359). Bovendien was het alleen maar met een voornaam ondertekend, zodat het ook twijfelachtig was of het naar de vorm een rechtsgeldig testament kon zijn (zie verder nr. 297).

261. Een (andere) mogelijke extrapatrimoniale beschikking is de aanduiding door de overlevende ouder van een testamentaire voogd in toepassing van art. 398 B.W. Vrij algemeen wordt ook hier aangenomen dat een testament, dat alleen dergelijke aanduiding bevat, geldig is (De Busschere, C., „De testamentaire voogdij'', *R.W.*, 1992-91, (273-291), 277 met verwijzingen daar; Taymans, nr. 93).

7) Een vormelijke akte

262. Een mondelinge belofte van de erflater aan een persoon dat bepaalde

goederen na zijn overlijden hem zullen toekomen, kan niet beschouwd worden als een geldig testament.

Een geschrift is, aldus de rechtbank van Brugge (18 maart 1985, *T.B.R.*, 1985, 73), wezenlijk noodzakelijk voor het bestaan en de geldigheid van een testament. Betekent dit dat de rechtbank van oordeel is dat het neergeschreven zijn van de beschikkingen een wezenlijk bestanddeel vormt van het testament, zoals zijn eenzijdigheid en zijn herroepelijkheid?

Er wordt meestal aangenomen dat het geschreven zijn van de wilsbeschikkingen eerder deel uitmaakt van de vormvoorschriften die op straf van nietigheid voor (alle) testamenten zijn voorgeschreven (Jacobs, *o.c.*, in *A.P.R.* nr. 34).

Het verschil is belangrijk in die zin dat nietigheid op grond van het niet naleven van de vormvereisten door de erfgenamen kan gedekt worden, maar niet de nietigheid wegens inbreuk op een van de wezenlijke kenmerken van het testament (zie hierover Delnoy, *Examen*, nr. 40).

Rechtsleer (De Page, VIII, nr. 935; Jacobs, *o.c.*, *A.P.R.*, nr. 34) en rechtspraak (Gent, 29 oktober 1955, *R.W.*, 1955-56, 1770) aanvaarden evenwel dat mondelinge testamenten door de erfgenamen kunnen bekrachtigd worden.

AFDELING 2
INTERPRETATIE VAN TESTAMENTEN

1) Algemene principes

a. Vereiste van duidelijkheid

263. Algemeen wordt aangenomen dat nu in het burgerlijk wetboek geen algemene regels inzake interpretatie van testamenten zijn opgenomen (met uitzondering van de eerder specifieke bepalingen van art. 1018 (zie hierover verder nr. 328), 1019 en 1023 B.W. (zie verder nrs. 329 e.v.), de artikelen 1156 e.v. B.W. inzake interpretatie van overeenkomsten op testamenten mogen worden toegepast (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, 40). Wel dient rekening gehouden te worden met de eigen aard van het testament en meer in het bijzonder met het essentieel vormelijk karakter ervan (op deze problematiek werd uitvoerig ingegaan in vorige overzichten, zie dit tijdschrift, 1970, 304 e.v., nrs. 15 e.v. en 1985, 578 e.v., nrs. 62 e.v.).Wat specifiek is inzake interpretatie van testamenten en gegrond op zijn essentieel vormelijk karakter, werd verwoord in twee varianten: 1) verbod van interpretatie met beroep op extrinsieke middelen, zo het testament duidelijk is, en 2) noodzaak om in het testament een geschreven basis te vinden voor de bedoeling die dan via deze interpretatie werd ontdekt (zie hierover meer uitgebreid o.a. Puelinckx-Coene, M., „Mag een testator verstrooid of onzorgvuldig zijn? Iets over rechtzetten van vergissingen in testamenten'', in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, Bruylant, 1989, (257-284), 270 e.v.).

264. Ook in deze periode vinden we nog tal van uitspraken, waarin de feitenrechter eerst vaststelt dat het testament niet duidelijk is, vooraleer hij tot interpretatie overgaat. Deze gebeurt dan eventueel mede aan de hand van extrinsieke elementen.

Op een arrest van het hof van Gent (19 juni 1985, *T. Not.*, 1986, 110; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1990, 403, nr. 23917) na, bedoelt men met deze onduidelijkheid niet (meer) dat de akte in „onduidelijke bewoordingen'' moet opgesteld zijn (maar hoe kon men anders de formulering „de vollen eigendom het leven gedurende'' omschrijven).

Voldoende is dat de rechter tot de bevinding komt dat de erflater zijn wil niet volkomen duidelijk te kennen heeft gegeven (Cass., 9 maart 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 425, noot J. E.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 394, nr. 24039; Rb. Tongeren, 6 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 254; Rb. Turnhout, 20 februari, 1984; *Turn. R.*, 1987, 13).

De rechtbank van Dinant (11 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 293) stelt het vrij precies. De rechter mag tot interpretatie overgaan „lorsqu'il y a doute sur le sens que le testateur a attaché aux expressions dont il a fait usage, ou lorsqu'il se trouve en présence de dispositions successives inconciliables''.

De leer of de mythe van de „klare en duidelijke bewoordingen'' (clauses claires et précises) heeft dus afgedaan, maar een verrechtvaardiging blijft nog steeds voor een deel van de rechtspraak noodzakelijk voor het zoeken naar de werkelijke bedoeling, die eventueel afwijkt van de prima facie betekenis van de gebruikte bewoordingen.

265. In een modernere visie wordt nochtans voorgehouden dat interpreteren in de zin van zoeken naar de werkelijke bedoeling van de erflater steeds toegelaten is, zonder dat voorafgaandelijk wordt vastgesteld of die bedoeling al dan niet duidelijk in het testament werd weergegeven.

De kwalificatie van een tekst dat hij duidelijk is, is trouwens reeds een keuze waarbij de interpretator heeft gekozen voor een bepaald betekenisbegrip bij uitsluiting van andere (Van Hoecke, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, 23 en 27).

Een arrest van het hof van beroep van Brussel van 30 november 1982 (*T. Not.*, 1985, 189, noot M. Puelinckx-Coene, zie ook verder nrs. 266, 269 en 324) en van het hof van Bergen van 6 februari 1991 (*Rev. Not. B.*, 1991, 611) volgen die soepele lijn. Beide hoven gaan meteen en zonder enige voorafgaandelijke verantwoording op zoek naar de eigenlijke wil van de erflater.

b. De bewijskracht van de akte

266. Traditioneel wordt als voorwaarde gesteld dat de interpretatie waartoe de grondrechter komt, wil ze soeverein zijn, niet in strijd mag zijn met de

bewoordingen van het testament (Rb. Dinant, 11 januari 1989, gecit.; Bergen, 6 februari 1991, gecit.). De rechtbank van Brussel (24 december 1987, *Pas.*, 1988, 40) spreekt genuanceerder van „niet in strijd met de termen van het testament en de duidelijke onbetwiste betekenis van de tekst''.

Delnoy (*Chronique*, 299) preciseert dat dit nochtans niet uitsluit dat aan de gebruikte bewoordingen een betekenis mag gegeven worden die afwijkt van hun gangbare of juridische betekenis. En dat doet het hof van Brussel (30 november 1982, gecit.). Bij zijn interpretatie van een betwiste testamentaire clausule houdt het rekening met het bijzondere en afwijkende taalgebruik van de erflater en zijn omgeving.

Zo aanvaardt het dat met de aanduiding „het land gelegen aan de Mierebeek'' bedoeld werd gronden gelegen in een wijk die officieel de naam van „Meerveld'' droeg, nu uit getuigenissen van de buren was gebleken dat die wijk in de volksmond Mierebeek werd genoemd.

Het hof van Bergen (6 februari 1991, gecit.; vgl. Rb. Brussel, 15 januari 1991, *Pas.*, 1991, III, 66) was van zijn kant van oordeel dat met een legaat van „twee huizen'' ook de daarbij horende twee garages waren bedoeld, alhoewel die er materieel waren van afgescheiden. Mede op grond van andere geschriften was het hof tot de bevinding gekomen dat voor de erflaatster deze garages integrerend deel uitmaakten van deze huizen.

In deze beide gevallen vormden de woorden, die door de erflaatster in haar testament waren gebruikt, voor de gevonden uitleg een plausibele basis, zodat moeilijk kon beweerd worden dat afbreuk werd gedaan aan de essentiële vormelijkheid van het testament en aan de bewijskracht van de akte. Maar waar ligt de juiste grens.

267. Deze ligt als volgt: waar het op aankomt is dat de rechter bij de interpretatie aan de hand (eventueel) van extrinsieke middelen, alleen maar tracht te achterhalen wat de erflater in het testament met de woorden die hij daar neergeschreven heeft, heeft willen zeggen. Hij mag de akte uitleggen, niet de wil.

De rechter mag dus niet direct beroep doen op extrinsieke elementen om uit te maken wat de erflater hoe dan ook gewild heeft, want dit zou meteen afbreuk doen aan alle waarborgen die door de wet gesteld werden (zie hierover uitgebreid mijn geciteerde bijdrage in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, 273 e.v.).

In dit wellicht subtiele maar cruciale verschil ligt de juiste beperking die door de vormgebondenheid van het testament en door de bewijskracht van de geschreven akte aan de interpretatie van testamenten wordt opgelegd (Conclusies van procureur-generaal Cornil bij Cass., 4 april 1941, *Pas.*, 1941, I, (120-133), 125.

In deze optiek is het zelfs niet nodig dat de gevonden bedoeling verenigbaar

is met de bewoordingen die door de erflater gebruikt werden, nodig is wel dat ze verzoenbaar zijn met de zin en de draagwijdte van de akte (zie de mercuriale van toenmalig advocaat-generaal Dumon van 1 september 1978, „De motivering van de vonissen en arresten en de bewijskracht van de akten'', *R.W.*, 1978-79, (257-326), 310-311 en 324; vgl. Cass., 21 november 1895, *Pas.*, 1896, I, 26, „Attendu que cette interprétation n'est pas inconciliable avec la teneur de l'acte et par suite ne viole pas la foi qui lui est due'').

268. Het arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 1989, (*Rev. Not. B.*, 1989, 425, noot J. E.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 394, nr. 24039) lijkt in die richting te gaan. Het hof was er van oordeel dat het hof van beroep van Luik de bewijskracht van de akte niet geschonden had in volgend geval.

Een erflaatster had in haar testament verklaard al haar vorige testamenten te herroepen. Toch was het beroepshof van oordeel dat ze zodoende niet de bedoeling had gehad ook de laatste wilsbeschikkingen te herroepen die ze getroffen had in een brief. Juridisch ging het hier wel om een testament, maar de erflaatster, die zoals velen dacht dat het testament een plechtige en formele akte was, had er zich nooit rekenschap van gegeven dat die brief in feite een testament was.

Een nog duidelijker voorbeeld biedt een arrest van het hof van beroep van Bergen (20 januari 1988, *Rev. Not. B.*, 1986, 202; *J.L.M.B.*, 1988, 326), het gaat hier evenwel om de interpretatie van een schenking.

Het hof zegt er met zoveel woorden dat de regels van de letterlijke interpretatie en de eerbied voor de bewijskracht van de akte er zich niet tegen verzetten dat de rechter in geval van betwisting beroep zou doen op extrinsieke of intrinsieke elementen om de werkelijke bedoeling van partijen te achterhalen en hem niet beletten vast te stellen dat de bewoordingen van een akte niet overeenstemmen met de werkelijke bedoeling van de partijen (cursief toegevoegd).

In casu besloot het hof (zich ook baserend op art. 1157 B.W.) dat de schenker die twee opeenvolgende schenkingen had gedaan aan elk van zijn zonen met de vermelding „bij vooruitmaking en buiten paart'' in feite deze schenkingen als voorschot op erfdeel had bedoeld (zie ook verder nr. 396).

2) Art. 1156 B.W.

269. Ook nu wordt benadrukt dat (overeenkomstig art. 1156 B.W.) aan de bewoordingen die in een testament gebruikt worden de draagwijdte moet gegeven worden die met de werkelijke bedoeling overeenstemt (Brussel, 30 november 1982, gecit.; zie ook verder nrs. 324 en 338; Rb. Luik, 2 november 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 170; zie ook verder nr. 312; Cass., 9 maart 1989, gecit.).

In de te bespreken periode valt op hoe deze regel ook inzake kwalificatie van de legaten meer en meer wordt toegepast (zie verder nrs. 312 e.v.).

Maar hoe dan ook, de functie van de interpretatie is dat gezocht wordt naar de werkelijke wil van de erflater, niet naar zijn veronderstelde wil (Rb. Tongeren, 6 maart 1987, gecit.).

Irrelevant is welke interpretatie door derden aan het legaat werd gegeven (Rb. Brugge, 9 april 1979, *T.B.R.*, 1985, 20).)

3) Art. 1157 B.W.

270. Testamenten moeten zoveel als mogelijk in een zin worden uitgelegd waarmee ze enige uitwerking hebben, veeleer dan ze geen effect te laten sorteren (Brussel, 30 november 1982, gecit.; Parijs, 22 september 1986, *D.S.*, 1987, 150, noot I. Najjar). Deze potius-ut-valeat regel wordt zelfs de vuistregel genoemd inzake interpretatie van testamenten (Rb. Brugge, 19 januari 1988, *R.W.*, 1988-89, 757). Hij komt er op neer dat voorrang gegeven wordt aan de testamentaire roeping boven de intestaat vererving (Rb. Bergen, 10 april 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1192).

Toch wordt ook in deze periode nog de oude tegenovergestelde stelling van Laurent herhaald (XLV, nr. 163; zonder ze nochtans toe te passen), dat in geval er twijfel is over de draagwijdte van een legaat, de erfgenaam het moet halen op de legataris, omdat de intestaat erfregeling de regel is, de testamentaire erfopvolging de uitzondering (Rb. Brussel, 15 januari 1991, *Pas.*, 1991, III, 66).

271. De potius-ut-valeat regel werd in het verleden regelmatig aangewend (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 620, nr. 111) om dubbele beschikkingen die aangevochten werden als verboden erfstellingen over de hand, geldig te verklaren en ze te beschouwen als bv. toebedelingen van vruchtgebruik en blote eigendom of als een legaat de residuo. Ook in de te bespreken periode zijn hiervan enkele voorbeelden te vermelden (zie verder nr. 459), alhoewel er elke expliciete verwijzing naar art. 1157 B.W. ontbreekt.

272. Wel met verwijzing naar dit artikel kwam het hof van Parijs tot de beslissing dat een man die in zijn eigenhandig testament gesteld had „J'aurais souhaité avoir le temps de changer à nouveau mon contrat de mariage afin que ma femme bénéficie de plein droit de mes biens à part égale avec mes enfants. Maître C., notaire voudra bien l'y aider'' op die manier zijn vrouw had aangesteld als legataris van het beschikbaar deel, zijnde 1/3 (hij liet twee kinderen na).

Dit arrest is een voorbeeld te meer (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 590, nr. 76) van een geval waar de rechter, onder de mom van interpretatie, de onhandige erflater ter hulp snelt met de aangepaste juridische techniek. Dit gebeurt dan op voorwaarde dat wat de erflater eigenlijk bedoelt, duidelijk vaststaat, wat hij wil rechtmatig is maar zijn beschikkingen

niet onmiddellijk voor uitvoering vatbaar op de wijze waarop zij door de erflater werden geformuleerd.

Ook in de Belgische rechtspraak van deze periode zijn voorbeelden in die zin te vinden, zonder dat daar nochtans expliciet naar art. 1157 B.W. verwezen wordt (zie Brussel, 20 mei 1983, *Rev. Not. B.* 1988, 161, en Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 40, besproken in nr. 333).

273. Ook in deze periode hebben heelwat interpretatieproblemen betrekking op de aanduiding van het voorwerp van het legaat of van de legataris. Er wordt verwezen naar de bespreking daar (zie verder nrs. 324 e.v. en 333 e.v.).

AFDELING 3

VORM VAN DE TESTAMENTEN

§ 1. Het openbaar testament

1) Algemeen

274. Het openbaar testament dient opgesteld te worden overeenkomstig de strenge vormvereisten voorzien in art. 971 e.v. B.W.

Tevens moeten voor alle punten die niet door het B.W. geregeld zijn, de algemene voorschriften voor notariële akten geëerbiedigd worden, zoals voorzien bij de wet van 25 ventôse van het jaar XI (Rb. Brussel, 6 maart 1990, *Pas.*, 1990, III, 109).

Deze rechtbank herinnert eraan dat wanneer in een openbaar testament iets schort aan de vormvoorschriften, het van belang is na te gaan of het vereiste werd opgelegd door het B.W. dan wel door de ventôse-wet (zie ook verder nr. 279).

In het eerste geval is de sanctie steeds de absolute nietigheid, die evenwel kan bevestigd worden door de erfgenamen (art. 1340 B.W.; zie hoger nrs. 49 en 227); in het tweede geval varieert de sanctie van de nietigheid tot een eenvoudige tuchtstraf voor de notaris.

In de te bespreken periode komt de rechtspraak nochtans ook inzake de vormvereisten van het openbaar testament (vgl. Montredon, J.-F., *La désolennisation des libéralités*, Bibliothèque de droit privé, nr. 209, Parijs, 1989, nrs. 306 e.v.; zie ook verder inzake het eigenhandig testament nrs. 284 e.v.) meer en meer los van overdreven formalisme, zo blijkt dat het testament inderdaad de werkelijke wil van de erflater inhoudt.

275. Een openbaar testament is geldig verleden zo dit gebeurde voor twee notarissen dan wel voor één notaris in aanwezigheid van twee getuigen.

Er dient niet in bepaalde omstandigheden (zwakke gezondheid van de erflater, testament verleden in een kliniek) bij voorkeur beroep gedaan te worden op één van beide alternatieven (Rb. Brussel, 7 februari 1991, *Rev. Not. B.*, 1991, 479; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 111).

2) Dictee

276. Bij een openbaar testament wil men op de eerste plaats via het dictee de vrijheid en de juiste weergave van de wilsbeschikking waarborgen (Gent, 16 november 1984, *T. Not.*,1986, 320 en 1987, 376).

Sinds lang wordt aangenomen dat de instrumenterende notaris niet verplicht is woordelijk neer te schrijven wat hem gedicteerd werd, het volstaat dat zijn opstel de zin van het dictee getrouw weergeeft. Dit impliceert een vertrouwensrelatie tussen de erflater en de instrumenterende notaris (Gent, 16 november 1984, gecit.).

Zo is het voldoende dat de erflater, die nog amper in staat is te spreken, zijn wil in enkele eenvoudige woorden weet uit te drukken en de notaris de juiste betekenis ervan in geschikte bewoordingen weergeeft, waarbij de notaris zich in feite gedraagt als een intelligente secretaris (Brussel, 20 februari 1991, *Rev. Dr. Pén.*, 1991, 747).

277. Het hof van Gent (16 november 1984, gecit.) was van oordeel dat aan het vereiste van dictee was voldaan in volgend bijzonder geval. Een zieke erflaatster had, zoals uit de verkaringen van de getuigen bleek, vanop haar ziekbed haar testament niet rechtstreeks aan de instrumenterende notaris gedicteerd, maar wel aan diens vader, intussen ere-notaris geworden en bij wie de erflaatster lange jaren cliënt was geweest. Deze was naast haar op het bed komen zitten. De ere-notaris had telkens herhaald wat de erflaatster gezegd had voor zijn zoon-notaris, die in dezelfde kamer aan een tafel had plaatsgenomen en het testament had opgeschreven.

Het hof was van oordeel dat op die wijze ook de instrumenterende notaris zelf rechtsteeks gehoord had wat de erflaatster gezegd had, zodat aldus aan de vereiste van art. 972 B.W. was voldaan.

Het hof had al evenmin bezwaren dat de erflaatster misschien wel de ere-notaris voor de instrumenterende notaris had genomen (ook de getuigen dachten dit blijkbaaar, want ze noemden de instrumenterende notaris in hun verklaringen de „klerk'') nu bleek dat de voor de geldigheid van het testament wettelijk vereiste pleegvormen werden nageleefd.

Bij deze terechte maar toch milde beslissing van het hof speelde duidelijk mee dat bewezen was dat het testament de werkelijke wil van de erflaatster bevatte.

278. Aan het vereiste van dictee is ook voldaan zo de erflater hierbij gebruik maakt van nota's of van een vooraf opgesteld project (vgl. Gent, 9 maart 1988, *T. Not.*, 1988, 151, waar dit zelfs niet als mogelijk vormgebrek werd opgeworpen). Deze voorbereidende documenten mogen zelfs door een derde zijn opgesteld, als de erflater maar de tekst aan de notaris gedicteerd heeft (Reims, 25 april 1988, voorziening in cassatie verworpen door Cass. Fr., 6 juni 1990, *Rép. Defrénois* 1991, 111 noot X. Savatier; zie ook Dillemans, *o.c.*, 103, althans wat eigen nota's betreft).

De idee is dat door dit project zelf te dicteren de erflater datgene wat er in geschreven staat tot zijn wilsbeschikking maakt, ook al werd het project niet door hemzelf opgesteld. De hulp van de derde is dan (zie ook nr. 286 inzake het eigenhandig geschrift bij een eigenhandig testament) louter materieel.

Zo evenwel de notaris zou vaststellen dat de invloed van de derde verder gaat en dat de erflater zich gedwongen voelt de voorgeschreven tekst te dicteren, of dat de erflater zich niet realiseert wat hij voorleest, dan moet de notaris zijn ambt weigeren.

Dwang van buiten is nochtans nooit uitgesloten, ook niet wanneer de erflater zijn testament zonder behulp van nota's — en dus zogezegd spontaan — aan de notaris dicteert. Deze zal dan meestal in de onmogelijkheid zijn deze dwang vast te stellen.

Daarom kan, ondanks het feit dat de notaris authentiek verklaard heeft dat het testament hem door de erflater gedicteerd werd (wat nochtans een waarborg moet zijn voor zijn vrije wilsuiting) nog steeds en met alle middelen bewezen worden dat, wat door de erflater inderdaad gedicteerd werd, niet overeenstemt met zijn werkelijke wil (vgl. X. Savatier, gecit. noot; zie ook hoger nr. 7).

3) Voorlezing van het testament

279. Nadat het testament gedicteerd en opgeschreven werd, moet het worden voorgelezen.

Deze voorlezing moet niet noodzakelijk door de notaris zelf gebeuren (Gent, 16 november 1984, gecit.); dit wordt trouwens nergens in de wet geëist.

Men neemt dan ook aan dat (bv. de dove) erflater zelf zijn testament kan voorlezen (Rb. Brussel, 28 mei 1902, *Pas.*, 1904, III, 122; Dillemans, *o.c.*, 106) of dat ook de klerk dit mag doen (Jacobs, H., *A. P. R.*, tw° Testamenten (vorm), nr. 138). De bedoeling is immers dat de erflater kan nagaan of wat neergeschreven werd, correspondeert met wat hij werkelijk wil. Wie precies de voorlezing doet, is dus niet zo belangrijk wel dat ze effectief, hardop en in aanwezigheid van de getuigen gebeurt.

Art. 972 B.W. vereist niet dat de voorlezing in éénmaal na het beëindigen van dictee en neerschrijven plaats heeft en dus van het testament in zijn geheel. Voldoende is dat de notaris, telkens hem een zinsnede gedicteerd werd, deze herhaalt (Gent, 16 november 1984, gecit.).

Wel is overeenkomstig de Organieke Wet op het Notariaat, zoals bij elke notariële akte, ook bij het openbaar testament een lezing van de akte in haar geheel vereist, maar op de niet naleving van deze formaliteit staat niet de nietigheid van de akte als sanctie maar alleen een boete van 100 BF ten laste van de notaris (De Wulf, *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 81).

4) De getuigen

a. Aanwezigheid van de getuigen

280. Reeds in de vorige periode werd door het Hof van Cassatie duidelijk gesteld (Cass., 4 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2046; *T. Not.*, 1980, 169, noot; *Pas.*, 1979, I, 1047; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 204, nr. 22616; zie ook dit tijdschrift, 1985, 594) dat de aanwezigheid van de getuigen vereist is gedurende de ganse verrichting van het verlijden van het testament. Dit werd ook in deze periode enkele keren herhaald (Bergen, 18 maart 1986, *J.T.*,; *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 407; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 387, nr. 23649; *Rev. Not. B.*, 1986, 553; Gent, 9 maart 1988, *T. Not.*, 1988, 151; Rb. Brussel, 6 maart 1990, *Pas.*, 1990, III, 109).

Maar wat moet verstaan worden onder deze tegenwoordigheid van de getuigen? Dit is een feitenkwestie (Jacobs, *o. c.*, nr. 119).

Het Hof van Cassatie was terzake in 1979 de soepele houding van het hof van beroep van Gent (van 28 oktober 1977) bijgetreden en had aanvaard dat het voldoende was dat de getuigen de essentiële bewerkingen hadden kunnen vaststellen. De getuigen hadden toen achteraf beweerd dat ze niet gezien hadden dat de notaris het testament had neergeschreven. Dit schrijven was gebeurd in een aanpalende kamer waarop de getuigen vrij zicht hadden en waarin de getuigen konden komen en gaan. Dat was in 1979 voor het hof voldoende. Het vond dat de getuigen tegenwoordig waren geweest (zie ook Laurent, XIII, nr. 299) en eiste niet dat vaststond dat ze hun controletaak naar behoren hadden vervuld.

Maar dit blijkt wel de extreme grens te zijn geweest voor het hof van beroep van Gent. Het verklaarde in deze periode (Gent, 9 maart 1988, gecit.) een testament nietig, toen gebleken was dat een van de getuigen tijdens een groot deel van het dictee en het neerschrijven de slaapkamer, waar het testament verleden werd, had verlaten en op de gang wat was gaan poetsen.

Het hof vond dat in die omstandigheden (de deur van de kamer stond slechts tegenaan of hoogstens half open) deze getuigen geen zicht kon hebben op wat zich in de slaapkamer afspeelde en dus niet konden beschouwd worden als zijnde daarbij aanwezig. Het ging hier niet — vond het hof — om een geval van niet te hebben gezien, alhoewel men kon zien (zoals in het geval van 1977), maar om een geval waar men niet kon zien.

Ook in de rechtsleer (Jacobs, *o.c.*, nr. 119; Laurent, XIII, nr. 300) en de oudere rechtspraak (Cass. Fr., 17 juli 1884, *Rev. Prat. Not.*, 1886, 156) wordt een ononderbroken aanwezigheid van de getuigen vereist.

Het gaat hier om een van de weinige formalistische uitspraken van deze periode (vooral ook omdat het hof de bewering dat het testament wel degelijk de werkelijke wil van de erflater bevat, als irrelevant afwijst). Wel was gebleken dat de erflater voordien een gelijkluidend eigenhandig testament

had gemaakt, zodat zijn wil hoe dan ook uitwerking zou krijgen. Misschien meteen ook de verklaring voor deze strenge houding.

281. De vermelding dat de getuigen tegenwoordig waren bij de ganse verrichting van het verlijden van het testament, is gedekt door de authenticiteit van de akte (Rb. Brussel, 6 maart 1990, *Pas.*, 1990, III, 109). De waarachtigheid ervan kan dus alleen aangevallen worden via een procedure tot inschrijving wegens valsheid in geschriften.

Kan men dan toelaten dat ter dier gelegenheid deze getuigen, die toch zelf ook de akte ondertekend hebben, het tegendeel mogen komen beweren?

Hierop wordt wel eens negatief geantwoord (zie hierover De Page, VIII/2, nr. 923 met verwijzingen), omdat hun getuigenis niet kan opwegen tegen de verklaring van een openbaar ambtenaar. Zodoende zou de waarde van de authentieke akte in het gedrang gebracht worden.

Maar kan men zich dan niet afvragen of het nog enige zin heeft getuigen hierbij te betrekken. Meer verantwoord is de mogelijkheid niet uit te sluiten maar enkel uitzonderlijk het tegenbewijs door getuigen toe te staan.

Dit was het standpunt van het hof van Bergen dat tot omzichtigheid aanspoorde en oordeelde dat aan latere verklaringen van getuigen in tegengestelde zin slechts waarde kan gehecht worden zo ze gestaafd worden door andere bewezen feiten en steunen op een samenloop van buitengewone omstandigheden (Bergen, 18 maart 1986, gecit.; Parijs, 2 maart 1959, *Rev. Prat. Not.*, 1960, 21).

b. Rol van de getuigen

282. De getuigen moeten in staat zijn te bevestigen dat de pleegvormen die door art. 972 e.v. B.W. zijn vereist (dictee door de erflater, neerschrijven door de notaris, voorlezing aan de erflater in tegenwoordigheid van getuigen) vervuld werden (Gent, 16 november 1984, *T. Not.*, 1986, 320 en 1987, 376).

Door dit te bevestigen getuigen zij dat de vrijheid van de erflater geëerbiedigd werd (Rb. Brussel, 6 maart 1990; *Pas.*, 1990, III, 109). Deze bevestiging kan alleen blijken uit hun handtekening niet uit de vermelding in het testament dat de getuigen gedurende al deze verrichtingen aanwezig waren.

Zo de formaliteit van de handtekening door de getuigen ten gevolge van de onpasselijkheid van de erflater werd onderbroken en nadien niet verder gezet, is het testament absoluut nietig.

Deze nietigheid kan alleen bevestigd worden door de erfgenamen (Rb. Brussel, 6 maart 1990, gecit.; vgl. hoger nrs. 49, 227 en 274).

De rechtbank voegt er aan toe dat dit nietig authentiek testament ook niet op grond van art. 1318 kan gelden als een eigenhandig testament, omdat dit artikel niet van toepassing is op plechtige akten. Maar bij een authentiek testament dat voor de rest opgesteld werd overeenkomstig art. 972 e.v. B.W.

is hoe dan ook niet voldaan aan de vormvereisten van het eigenhandig testament.

283. Naar Belgische opvatting moeten de getuigen nochtans niet kunnen nagaan of de tekst die door de notaris werd opgeschreven inderdaad overeenstemt met wat de erflater heeft gedicteerd (wat de Franse opvatting terzake is, zie bv. Planiol-Ripert, V, nr. 555).

In die optiek zou het dus niet nodig zijn dat ze de taal waarin de wilsbeschikking gedicteerd wordt en dus ook niet de betekenis zelf van de wilsbeschikking verstaan (vgl. Gent, 16 november 1984, gecit., waar dit — zoals Van Oosterwijck, „Notariële inrichting en deontologie'' in *Notariële actualiteit, notariële inichting en gerechtelijk recht*, Leuven, 1992, (1-31), 16, terecht opmerkt — slechts als een obiter dictum wordt gezegd; zie reeds Cass., 5 mei 1887, *Pas.*, 1887, I, 231; Cass., 21 juni 1928, *Pas.*, 1928, I, 200; *Ann. Not. Enr.*, 1928, 439). Ook een dove of een hardhorige kan dus als getuige optreden, hij is immers in staat te zien wat er gebeurt (Gent, 16 november 1984, gecit.; Jacobs, *o.c.*, nr. 121, contra: De Page, VIII, nr. 890; Kluyskens, III, nr. 206; Rb. Brugge, 5 februari 1889, *Rev. Prat. Not.*, 1889, 558; zie ook de kritiek van Van Oosterwijck, *o.c.*, 15 en verwijzingen daar).

§ 2. Het eigenhandig testament

1) Algemeen

284. Zoals bekend moet het eigenhandig testament geheel met de hand van de erflater geschreven zijn, gedagtekend en ondertekend (art. 970 B.W.).

Dat mag gebeuren ook onder de vorm van een brief, als maar blijkt dat de erflater er zijn laatste wilsbeschikkingen wilde in treffen (Rb. Dinant, 11 januari 1989, *Rev. Not. B.* 1989, 291; Luik, 23 april 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 147; Jacobs, nr. 75; Van Sinay, T., noot onder Rb. Dendermonde, 9 april 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, (325-332), 327; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 575 en hoger nr. 254).

In deze periode, meer nog dan in de vorige (zie dit tijdschrift, 1985, 599) kenmerkt de rechtspraak zich in de regel door een grote soepelheid en weert ze overdreven formalisme (zie ook Montredon, J.-F., *La désolennisation des libéralités*, B.D.P., dl. 209, Parijs, 1989, nrs. 357 e.v.).

2) Eigenhandig geschrift

a. Fysieke bekwaamheid van de erflater

285. Het testament moet eigenhandig door de erflater geschreven zijn.

Hij moet daar dus toe in staat zijn. De rechtbank van Brussel (7 februari 1991, *Rev. Not. B.*, 1991, 479; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 111) stelde, in

navolging van de rechtsleer (Laurent, XIII, nr. 168; Jacobs, nr. 79) dat de loutere omstandigheid dat de erflaatster blind was, niet volstond om een beweerd door haar geschreven testament ongeldig te verklaren. Een blinde erflater, zegde de rechtbank, kan een geldig eigenhandig testament maken, zo hij nog in staat is in gewoon handschrift dan wel in Braille (!) te schrijven (over de geldigheid van testamenten in Brailleschrift, zie Montredon, *o.c.*, nrs. 379 e.v.).

b. Hulp of tussenkomst van een derde

286. Belet het vereiste van eigenhandig geschreven te zijn de hulp van een derde?

De geldende opvatting terzake wordt ook in deze periode bevestigd. Het vereiste wordt niet beschouwd als een vormvereiste sticto sensu maar als een bijkomende geldigheidswaarborg (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 600).

Hulp van een derde maakt het testament niet ongeldig, zo blijkt dat het om een louter materiële hulp gaat, die de erflater niet intellectueel beïnvloed heeft. Waar het op aankomt is dat het testament het spontane en wel overwogen werk is van de ondertekenaar. Dat juist heeft men door het inlassen van deze vormvereiste willen waarborgen (Rb. Bergen, 10 april 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1192).

Geheel in die lijn werd door het hof van beroep van Antwerpen (10 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 551) aanvaard dat de erflater bij de redactie van zijn testament over een vooraf geschreven tekst mag schrijven, als hij deze maar begrijpt en tot de zijne heeft gemaakt (zie reeds Cass., 5 november 1965, *T. Not.*, 1966, 155; *R.W.*, 1965-66, 1500; *Pas.*, 1966, I, 305, noot A.C.).

Anders is het natuurlijk gesteld zo blijkt dat de hand van de (blinde) erflaatster alleen maar het passieve instrument was van een derde (Rb. Brussel, 7 februari 1991, gecit.; De Wulf, *o.c.*, in *Not. Actualiteit*, 77; zie ook Montredon, *o.c.*, nrs. 383 e.v.).

287. Het loutere feit dat op een (voor de rest geldig eigenhandig) testament onderaan en dus afgescheiden van het corpus, de handtekening van een derde werd aangebracht, brengt op zichzelf niet de nietigheid van dit testament mee (Rb. Luik, 5 juni 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1208; zie ook Cass. Fr., 5 oktober 1959, *Ann. Not. Enr.*, 1960, 156). De rechtbank van Luik verklaarde dergelijk testament geldig omdat het er van overtuigd was dat deze toevoeging in generlei mate de inhoud van de beschikkingen of hun herroepelijkheid had benvloed.

c. Gebruikt schrijfmiddel

288. Het is onbelangrijk welk schrijfmiddel of procédé de erflater gebruikt om zijn testament eigenhandig te schrijven. Op grond van deze regel

valideerde de rechtbank van Bergen (10 april 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 1192) een testament waarvan alleen een via carbon doorgedrukt exemplaar werd teruggevonden (zie nochtans Luik, 20 juni 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 17). Deze soepele houding van de rechtbank is ook hier te verklaren door het feit dat de rechtbank er van overtuigd was dat dit document de werkelijke wil van de erflaatster bevatte.

De rechtbank was duidelijk onder de indruk van de voorzorgsmaatregelen die door de erflaatster getroffen waren om er voor te zorgen dat haar laatste wilsbeschikkingen gevonden zouden worden en uitgevoerd (vgl. nochtans Antwerpen, 25 januari 1982, *T. Not.*, 1986, 307, noot Puelinckx-Coene; zie verder nr. 299). Het testament was in dubbel exemplaar opgemaakt (zie hierover verder nr. 363) en het carbondubbel werd in de bankkluis gevonden in een gesloten omslag met opschrift: deze omslag bevat mijn testament, te openen na mijn dood voor notaris.

De rechtbank leidde hieruit niet alleen de duidelijke bedoeling tot testeren af, maar ook dat dit testament de werkelijke en spontane wil van de erflaatster bevatte, te meer (!) omdat het document geen doorhalingen, aanvullingen of lege ruimtes vertoonde.

3) De datum

a. Algemeen

289. Art. 970 B.W. schrijft voor dat een eigenhandig testament moet gedagtekend zijn. Vrij algemeen wordt aanvaard (Rb. Dendermonde, 9 april 1991, *Not. Fisc. M.*, 1991, 325, noot Van Sinay; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, 245, nr. 24.111; Dillemans, nr. 95; Jacobs, nr. 45; Raucent, nr. 259) dat dit niet betekent dat de datum de dag, de maand en het jaar moet omvatten. Het volstaat dat het testament heel precies kan gesitueerd worden in de tijd aan de hand van analoge of intrinsieke elementen. Gedacht wordt dan meestal aan verwijzingen naar een feestdag van een bepaald jaar of naar een private gebeurtenis die op een onrechtstreekse manier toelaten dag, maand en jaar van de redactie te achterhalen (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 602, nr. 88).

De rechtbank van Dendermonde (9 april 1991, gecit.) weigerde terecht te aanvaarden dat van dergelijke onrechtstreekse datering sprake was in een nogal verwarde ongedateerde brief die een erflaatster aan een notaris had gericht en waarin alleen maar vermeld werd hoe oud ze was. Maar was dit niet voldoende om te beweren dat het testament dan toch tenminste onvolledig gedateerd was? (zie verder nr. 293).

b. Onvolledige datum

290. Reeds lang wordt aangenomen dat een onvolledige datum, waarvan dus één of meer elementen ontbreken, kan aangevuld worden.

Eerst werd aanvaard dat dit kon via gegevens geput uit de rest van het testament (Dillemans, *Testamenten*, nr. 95 en overvloedige verwijzingen

daar). Vervolgens werd ook aangenomen dat zelfs op extrinsieke elementen beroep kon worden gedaan, in de mate zij aansloten bij intrinsieke elementen en bovendien de redenen waarom de wetgever de dagtekening verplicht stelde, niet in vraag werden gesteld (Antwerpen, 7 oktober 1986, *R.W.* 1986-87, 1618, noot W. Pintens en N. Torfs; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 394, nr. 23652; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 603).

Ook de dagtekening werd op die manier slechts als een bijkomende geldigheidswaarborg beschouwd.

291. Ten onrechte wordt wel eens beweerd dat de datum dan via interpretatie van het testament kan worden aangevuld (Sace, nr. 404; Van Sinay, *o.c.*, 331). Daarmee bedoelt men in feite alleen dat voor deze aanvulling ook rekening mag gehouden worden met extrinsieke middelen, als bv. de omstandigheden waarin of de plaats waarop het testament geschreven werd. Dit is geen interpretatie. Het testament interpreteren is zoeken naar de werkelijke bedoeling van de erflater.

292. Oorspronkelijk werd vereist dat dank zij beroep op — zij het — extrinsieke middelen, ten slotte moest kunnen uitgemaakt worden op welke preciese dag het testament geschreven was. Maar zelfs dat blijkt nu niet meer nodig.

Het hof van Antwerpen (7 oktober 1986, gecit.) verklaarde een testament geldig ondanks het feit dat de erflater alleen het jaartal had aangebracht en via extrinsieke elementen (de erflater was op 11 januari van dat jaar overleden) kon aangetoond worden binnen welke (korte) tijdspanne het testament geschreven werd.

Het hof kwam tot dit besluit, omdat bewezen was dat in deze korte periode geen probleem van bekwaamheid of herroeping (redenen waarom de dagtekening werd voorgeschreven) aan de orde was (zie ook Cass. Fr., 1 juli 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 392 nr. 23651; *Rép. Defrénois* 1986, 1019 nr. 33791, noot M. Grimaldi; zie nochtans Cass. Fr., 8 maart 1988, *J.C.P.*, ed. N. 1989, II, 218, noot Montredon; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1989, 123, opmerkingen Patarin en Cass. Fr., 19 april 1988, *Rép. Defrénois*, 1988, art. 34336, noot Grimaldi; zie hierover uitgebreid Montredon, *o.c.*, B.D.P., dl. 209, nrs. 419 e.v.).

293. Datzelfde hof van Antwerpen stelde zich in een later arrest (27 juni 1990, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 15 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 813) een stuk strenger op t.a.v. een testament waarvan niet duidelijk was of het op 21 dan wel op 29 augustus 1980 was geschreven.

Het testament werd nietig verklaard omdat de datum niet met zekerheid kon worden achterhaald door middel van elementen in en buiten het testament. Volgens het hof van beroep, hierin bijgetreden door het Hof van Cassatie, stond dit gelijk met afwezigheid van datum.

Deze uitspraak is nochtans niet in tegenspraak met de vorige. Ze is immers te verklaren door het feit dat op 22 augustus van dat zelfde jaar een ander gedagtekend eigenhandig testament (waarvan de ongeldigheid te laat werd opgeworpen, zie hoger nr. 256) opgesteld was, zodat de dagtekening van doorslaggevend belang was om uit te maken welk testament het laatste was.

De weigerachtige houding van de rechtbank van Dendermonde (9 april 1991, gecit.) ligt in dezelfde lijn. Ze verklaarde een testament ongeldig wegens gebrek aan datum, ondanks het feit dat de testatrice er wel had in vermeld hoe oud ze was en achteraan op het document door de notaris de datum was aangebracht waarop hij het testament ontvangen had.

Om te beginnen vond dit laatste louter extrinsiek gegeven geen enkele aansluiting bij een element in het testament zelf dat er door verduidelijkt werd. Maar bovendien bleek de bedoeling van deze stuntelige ongedateerde brief een ander testament te herroepen. Maar het was niet duidelijk welk testament dat wel was. De erflaatster had nog twee andere testamenten gemaakt, waarvan één daags voor de brief door de notaris ontvangen was. Ook hier was dus de precieze volgorde van de testamenten van belang.

294. De soepele houding inzake onvolledige datum viel reeds op het einde van de vorig besproken periode waar te nemen, zowel bij ons (Bergen, 18 juni 1980, *Rev. Not. B.*, 1981, 83, noot Sace; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, 251, nr. 22632, noot A.C.) als in Frankrijk (Cass. Fr., 9 maart 1983, nu ook gepubliceerd in *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 124, nr. 23307).

Het verdedigd standpunt lijkt mij evenwichtig.

Enerzijs wordt overdreven formalisme vermeden maar anderzijds blijven voldoende waarborgen behouden dat de laatste echte wil van de erflater geëerbiedigd wordt.

Tot een volledig op zij zetten van de datumvereiste leidt dit immers niet. Art. 970 B.W. vergt nog steeds dat een testament gedateerd is. Totale afwezigheid van datum heeft, zelfs zo men de datum als een bijkomende geldigheidswaarborg beschouwt, de nietigheid van het testament tot gevolg (De Page, VIII/2, nr. 860; vgl. Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 343).

Alleen aanvulling van de datum is mogelijk (en dan alleen nog maar zo de doelstellingen waarom het vereiste van datum gesteld werd, geen geweld werd aangedaan). De periode van onzekerheid blijft dus steeds beperkt (in de voorbeelden uit de rechtspraak hoogstens één maand).

c. Plaats van de dagtekening

295. De plaats waar materieel de dagtekening is aangebracht, is onbelangrijk van het ogenblik dat kan aangenomen worden dat ze betrekking heeft op de akte in haar geheel (Rb. Dinant, 4 maart 1987, *Rev. Not. B.*, 1987, 439).

4) De handtekening

296. Tenslotte moet het eigenhandig testament ook door de erflater ondertekend worden.

De handtekening moet toelaten uit te maken van wie het testament uitgaat (identificatie) en aantonen dat de erflater zich wel degelijk akkoord heeft verklaard met wat neergeschreven staat (confirmatie).

Zo ook in deze vereiste een bijkomende geldigheidswaarborg wordt gezien, kan als handtekening aanvaard worden elke ondertekening die geen twijfel laat bestaan over de identiteit van de erflater en zijn wil de beschikking goed te keuren.

Dit is sinds geruime tijd de opvatting van het Franse cassatiehof (24 juni 1952, *Sem. Jur.*, 1952, II, 7179 met noot Voirin; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1952, 531, opmerkingen Savatier; Cass. Fr., 5 oktober 1959, *D.*, 1959, 509 noot Hommeaux; Cass. Fr., 21 juli 1980; *Rép. Defrénois*, 1980, 1559, art. 32.503; Montredon, *o.c.*, nrs. 436 e.v.; zie ook Cass. Fr., 6 juni 1990, *Rép. Defrénois*, 1991, 111, noot X. Savatier (inzake de handtekening van een openbaar testament); vgl. § 2247 (3) BGB). Wel dient de handtekening geplaatst te worden na de beëindiging van de redactie van het testament (Cass. Fr., 18 december 1984, *D.*, 1985, I.R., 306, noot D. Martin.

297. Traditioneel hield ons hoogste hof er een veel formalistischer definitie op na die de vereiste van de handtekening maakte tot een vormvereiste stricto sensu. Het omschreef de handtekening als „het met de hand geschreven teken, waarmee de testator gewoonlijk zijn persoonlijkheid aan derden te kennen geeft'' (Cass., 7 januari 1955, *Ann. Not.*, 1955, 305; *Pas.*, 1955, I, 456; Cass., 2 oktober 1964, *R.W.*, 1965-66, 1440; *T. Not.*, 1966, 85; zie nochtans verder nrs. 301 e.v.).

Dit hield in dat de erflater niet alleen de naam moest gebruiken, waaronder hij bij derden bekend was (inhoudelijk aspect), maar dat hij die naam ook op de karakteristieke wijze moest aanbrengen zoals hij dit gewoonlijk deed op officiële documenten (vormlijk aspect).

Ook in deze periode werd deze traditionele definitie nog herhaald gehanteerd (Antwerpen, 25 januari 1982, *T. Not.*, 1986, 307; Antwerpen, 5 februari 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 615; Rb. Brussel, 31 oktober 1986, *Rev. Not. B.*, 1987, 164; Rb. Antwerpen, 7 september 1989, *T. Not.*, 1990, 109).

Dit bracht er de rechter toe een testament ongeldig te verklaren dat alleen maar met een voornaam was ondertekend (Rb. Antwerpen, 7 september 1989, gecit.) of met een paraaf (Rb. Brussel, 31 oktober 1986, gecit.), al werd wel in principe aanvaard dat dit een geldige handtekening kon zijn, zo inderdaad bewezen werd dat dit het teken was dat de erflater gewoonlijk ten aanzien van derden gebruikte.

Uiteraard werd ook de loutere vermelding van de naam in de context van een zin, als geldige handtekening afgewezen (Rb. Brussel, 31 oktober 1986, gecit.).

298. In de besproken periode kreeg vooral het vormelijk aspect van de handtekening aandacht en meer bepaald in een reeks arresten van het hof van beroep van Antwerpen.

Ook nu (zie reeds Cass., 2 oktober 1964, gecit.) werd aanvaard dat aan het vereiste van handtekening was voldaan, zo de erflater op een specifiek gevormde wijze zijn gebruikelijke naam had aangebracht, zij het op een manier die enigszins afweek van zijn gewone handtekening (b.v. de voornaam was voluit toegevoegd) maar er toch de essentiële karakteristieken van vertoonde.

In een arrest van 5 februari 1985 (gecit.), stelt dat hof van Antwerpen zonder meer vast dat (ondanks de kleine verschilpunten) het testament geldig ondertekend is.

In latere arresten evenwel vormt de al dan niet karakteristieke wijze waarop de naam werd aangebracht, voor dat hof het doorslaggevend bewijs van het al dan niet aanwezig zijn van de animus signandi (zie b.v. Antwerpen, 10 mei 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 551).

299. Hoe doorslaggevend voor het Antwerpse hof het gebruik van de specifieke pennetrek wel is, blijkt uit een arrest van 25 januari 1982 (gecit.; ik heb dit arrest reeds uitvoerig gecommentarieerd, zie: „Vormt de vereiste van de handtekening dé valstrik van het eigenhandig testament'', *T. Not.*, 1986, 313-320).

Het hof verklaart er een testament ongeldig wegens gebrek aan handtekening omdat de testatrice, waarvan bewezen was dat ze normaal een specifiek gevormde handtekening gebruikte, haar testament ondertekend had door aanbrenging van haar naam in gewone schrijfwijze. Nochtans bleek uit een reeks intrinsieke en extrinsieke elementen dat de erflaatster duidelijk achter dit testament stond. Ze had het immers rechtop op haar nachttafel geplaatst in een omslag met de vermelding „dit is mijn testament, te bezorgen aan notaris X.'', vermelding die eveneens ondertekend was op dezelfde wijze als het testament zelf. Ze had bovendien het huis zorgvuldig langs binnen afgesloten, zodat na haar zelfmoord de hulp van de politie zou moeten ingeroepen worden om het huis te betreden en deze meteen het testament zou opmerken. In het testament zelf stond ook nog „zo iemand dit testament mocht vernietigen of weg doen, zijn er kopijen van dezelfde data en inhoud''.

Dit arrest geeft de indruk (al werd dit door het Hof van Cassatie weerlegd; zie verder nr. 301) dat het hof van beroep van Antwerpen zich in rechte verplicht voelde te besluiten dat aan het vereiste van de handtekening niet voldaan was en dit om het loutere feit dat de erflaatster niet haar gewone handtekening

had gebruikt, eerder dan het in feite hierdoor en mede door de omstandigheid dat de erflaatster een vroeger testament met die gebruikelijke handtekening had ondertekend, tot de overtuiging was gekomen dat de erflaatster zich het testament nog niet had toegeëigend en er dus geen animus signandi was geweest. Het was toch erg blind gebleven voor een aantal duidelijke aanwijzingen in de andere zin!

300. In een later arrest (2 januari 1986, zoals kan opgemaakt worden uit Cass., 13 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1411, nr. 644; *Pas.*, 1986, I, 1269; *T. Not.*, 1986, 282) verklaarde datzelfde hof een testament wel geldig dat door een bejaarde en weinig geletterde testatrice werd ondertekend met haar naam in gewoon handschrift en zonder hoofdletters. Ze had bovendien haar eerste voornaam gebruikt, alhoewel ze gewoonlijk bij haar tweede voornaam genoemd werd.

Maar ook hier speelde het vormelijk aspect een doorslaggevende rol bij het aanvaarden van de animus signandi. Het hof achtte deze hier wel aanwezig omdat bleek dat de erflaatster geen vaste handtekening had en dat ze kennelijk het met inspanning schrijven van haar naam reeds vroeger als haar handtekening aanzag.

301. Tegen deze beide laatste arresten van het hof van beroep van Antwerpen werd cassatieberoep aangetekend, telkens zonder succes.

Merkwaardig is dat het ter zake tot dan toe erg rigide Hof van Cassatie op zijn strenge houding is teruggekomen.

Zo was het in zijn arrest van 10 juni 1983 (*T. Not.*, 1986, 309, noot M. Puelinckx-Coene, na Antwerpen, 25 januari 1982, gecit.) van oordeel „dat het hof van beroep niet in rechte oordeelde dat de schrijfwijze van de handtekening onveranderlijk moet zijn, en evenmin dat een schrijfwijze die verschilt van de schrijfwijze gewoonlijk gebruikt door de erflater, geen handtekening kan zijn, maar in feite en op onaantastbare wijze op grond van feitelijke gegevens besliste dat de erflaatster ten deze geen handtekening heeft geplaatst''.

Dit was een eerste teken, dat een soepeler houding liet vermoeden.

Deze houding werd intussen bevestigd in het arrest van 13 juni 1986 (gecit., na Antwerpen, 2 januari 1986). Hier was niet alleen het vormelijk maar ook het inhoudelijk aspect aan de orde.

Na te hebben opgemerkt dat het hof van beroep had vastgesteld dat de erflaatster de bedoeling gehad had, haar handtekening aan te brengen en dat ze haar volledige naam onder het testament had aangebracht, stelde het Hof van Cassatie dat, in zodanig geval, zelfs al zou het schrijfteken enkel die keer zijn gebruikt en al zou de erflaatster doorgaans of steeds enkel onder een andere naam bij derden bekend zijn geweest, zulks nochtans niet meebrengt dat het onderwerpelijk teken niet voldoet aan het vereiste van art. 970 B.W.

302. De oude rigiede definitie heeft dus voor het Hof van Cassatie afgedaan (vgl. Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 343). Maar wat is de nieuwe regel?

Op de eerste plaats moet uitgemaakt worden of de erflater de wil heeft gehad te ondertekenen en dit kan of moet, volgens het hof, niet alleen of hoofdzakelijk uit het gebruik van de specifieke pennetrek worden afgeleid (vgl. Renauld, J., „La signature dans les testaments (C. civ., art. 970)'', *Rev. Prat. Not.*, 1965, (309-319), 317; Van Quickenborne, M., „Quelques réflexions sur la signature des actes sous seign privé'', noot onder Cass., 28 juni 1982, *R.C.J.B.*, 1985, (57-104), nr. 14).

Ook blijkt niet langer nodig dat de erflater de naam gebruikte waaronder hij bij derden bekend staat. Hij kan de eventueel afwijkende naam gebruiken, waaronder hij bij de burgerlijke stand bekend staat en waardoor hij dus zonder twijfel kan geïdentificeerd worden.

Of de vermelding van een troetelnaam of van een familiale functie, die identificatie mogelijk maakt (zoals afgewezen door Cass., 7 januari 1955, gecit.; zie de bespreking, dit tijdschrift, 1970, 300), ook voldoende zal zijn, is niet meteen duidelijk en wel te betwijfelen.

5) Testament op verschillende bladen

303. Zo een eigenhandig testament op verschillende bladen geschreven werd, wordt algemeen aanvaard (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 607 en verwijzingen daar) dat niet elk blad afzonderlijk moet gedagtekend en gehandtekend zijn. Het is voldoende dat datum en handtekening op één van de bladen is aangebracht, op voorwaarde dat er tussen de verschillende bladen een evidente band bestaat (Antwerpen, 13 januari 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 249; Dillemans, *o.c.*, 155).

In dit arrest bleek deze band zowel van materiële als van intellectuele aard te zijn. De verschillende bladen waren van dezelfde papiersoort en met dezelfde balpen beschreven (materiële band), de volgorde van de gedachtengang was logisch en de verschillende clausules van het testament waren opeenvolgend genummerd (intellectuele band).

6) Toevoegingen aangebracht door de erflater

304. Moeten toevoegingen, wijzigingen of doorhalingen die door de testator op het testament zijn aangebracht, afzonderlijk gedateerd en gehandtekend worden?

Volgend antwoord werd hierop in een vorig overzicht geformuleerd (dit tijdschrift, 1970, 299): neen, zo hierdoor de andere beschikkingen alleen worden gepreciseerd (Cass., 9 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 125; *T. Not.*, 1968, 206; *Pas.*, 1968, I, 1050), ja, zo ze een nieuwe beschikking inhouden en ze door de erflater niet gelijktijdig met de rest van het testament werden aangebracht.Geheel in deze lijn gaat de rechtbank van Dinant (4 maart 1987, *Rev. Not. B.*, 1987, 439) de aard na van de beweerde toevoeging. De

erflaatster had haar man aangesteld tot algemeen legataris en onderaan, na de handtekening en de datum, er aan toegevoegd dat haar ganse familie onterfd was.

De rechtbank was van oordeel dat het hier om een nieuwe beschikking ging maar dat toevoegingen „qui font corps avec le testament'' vermoed worden gelijktijdig gebeurd te zijn, zodat het tegendeel moet bewezen worden door diegene die hun geldigheid in twijfel trekt (zie reeds Luik, 8 december 1934, *R.W.*, 1934-35, 1504). Dit bewijs kan gebeuren met alle middelen van recht.

Dat de toevoeging asymmetrisch met de rest van de beschikkingen en twee centimeter gescheiden van het vorige werd aangebracht, was voor de rechtbank hiertoe geen afdoend bewijs.

Of de onterving van de familie, na de aanstelling van een algemeen legataris, inderdaad als een totaal nieuwe beschikking moet beschouwd worden, is wel een andere vraag. Dillemans (*o.c.*, nr. 90) merkte reeds op dat daar juist de moeilijkheid schuilt. Nochtans is het Hof van Cassatie (9 mei 1968, gecit.) van oordeel dat dit een feitenkwestie is.

7) Doorhalingen

305. Een testament is niet nietig omdat het doorhalingen bevat. Ze doen evenmin twijfel ontstaan over de originaliteit van het testament. Ze doen ook niet noodzakelijk de tussenkomst van derden vermoeden (Gent, 11 mei, 1989, *T. Not.*, 1990, 439).

8) Bewijskracht van het eigenhandig testament

306. In de te bespreken periode was er heel wat te doen over de bewijskracht van het eigenhandig testament.

Vrij eensgezind werden de geldende regels terzake toegepast: het eigenhandig testament is dan wel een plechtige akte, het blijft niettemin een onderhandse akte met de beperkte bewijskracht vandien.

Dit betekent dat het eigenhandig testament, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend moet erkend worden door de erfgenamen of de rechtverkrijgenden van de erflater (Rb. Brussel, 7 februari 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 111; *Rev. Not. B.*, 1991, 479). Deze kunnen volstaan met te verklaren dat zij het geschrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet erkennen (art. 1323 B.W.; Rb. Hoei, 7 juni 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 488).

Ook een algemene legataris die bij openbaar testament werd aangesteld en wiens aanspraken door een later eigenhandig testament bedreigd worden, kan zich vergenoegen het geschrift te ontkennen. Zijn titel steunt immers op een authentieke akte die volle bewijskracht heeft (Rb. Antwerpen, 29 januari 1986, gecit.).

307. De legataris moet dan bewijzen dat het testament wel degelijk door de erflater geschreven, getekend en gedateerd werd (Rb. Antwerpen, 29 januari 1986, *T. Not.*, 1989, 152; Rb. Dinant, 5 november 1987, *Rev. Not. B.*, 1987, 163; Luik, 23 februari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1217; Rb. Hoei, 7 juni 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 488; Rb. Brussel, 7 februari 1991, gecit.; Gent, 11 mei 1989, *T. Not.*, 1990, 439). Maar het is niet aan de legataris te bewijzen dat het testament spontaan door de erflater geschreven werd. Dat dit laatste niet het geval zou zijn, moet dan weer door de erfgenamen bewezen worden (zie hoger nr. 22), eens vaststaat dat het om het geschrift van de erflater gaat (Antwerpen, 13 september 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 271, noot J.B.).

De legataris kan het bewijs dat het testament door de erflater geschreven werd door alle middelen van recht leveren (Luik, 23 februari 1989, gecit.; Gent, 11 mei 1989, gecit.).

308. Dat bewezen was dat de handtekening van de hand van de erflater was, was voor het hof van Antwerpen (13 september 1989, gecit.) geen afdoend bewijs dat het testament in zijn geheel door de erflater geschreven werd, maar deed volgens het hof wel een vermoeden in die richting ontstaan.

Het hof van Gent (11 mei 1989, gecit.) werd wel overtuigd omdat tussen de handtekening en de inhoud die boven die handtekening geschreven stond een volkomen eenheid van geschrift was. Al bevatte de handtekening slechts negen letters, die negen letters waren in de inhoud van het testament volkomen identiek aan deze van de handtekening. Uit de vergelijking van die letters en de eenheid tussen alle andere letters, cijfers en leestekens, volgt, volgens dat hof, onomstootbaar dat de inhoud van het testament en de handtekening en de dagtekening geschreven zijn door één en dezelfde persoon, nl. de erflaatster.

309. Meestal wordt overgegaan tot vergelijking met andere geschriften van de erflater, wat eventueel kan gepaard gaan met een bewijs door getuigen (Antwerpen, 13 september 1989, gecit.).

De legataris kan vragen dat tot schriftonderzoek zou worden overgegaan overeenkomstig art. 883 e.v. Ger. W. Maar de rechtbank oordeelt soeverein over de noodzakelijkheid van dergelijk onderzoek (Rb. Antwerpen, 7 september 1989, gecit.).

Ze kan zelf de echtheid van het geschrift onderzoeken en dit verzoek afwijzen zo ze van oordeel is dat uit de vergelijking met andere geschriften van de erflater, duidelijk blijkt dat ook het testament van zijn hand is (Antwerpen, 13 september 1989, gecit.).

Zo bij het grafologisch onderzoek de expert tot een negatief besluit kwam maar zich hierbij baseerde op geschriften die dateren van meer dan veertig jaar terug, kan de legataris, zo hij recentere documenten kan voorbrengen, vragen dat tot de heropening van de debatten zou worden overgegaan (Rb. Dinant, 5 november 1986, gecit.).

310. De regel dat de erfgenamen kunnen volstaan met het geschrift te ontkennen, geldt niet alleen t.a.v. de beschikkingen zelf van het testament, maar ook voor de handtekening en de dagtekening.

Vrij algemeen wordt aangenomen (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 608 en verwijzingen daar) dat eens de legataris de echtheid van het geschrift bewezen heeft, vermoed wordt tot bewijs van het tegendeel, dat ook de handtekening en de dagtekening van de hand van de erflater zijn.

Niets belet evenwel de erfgenamen alleen maar te ontkennen dat de dagtekening echt is, vooral zo deze aangebracht was op een omslag die een ongedateerd testament bevatte.

Bij gebreke aan bewijs door de legataris dat deze dagtekening van de hand was van de erflater, werd het testament dan ook nietig verklaard (Rb. Hoei, 7 juni 1990, gecit.).

AFDELING 4
LEGATEN

§ 1. Kwalificatie van legaten

1) Criterium ter onderscheiding

311. Bepalend voor de kwalificatie van de legaten is de roeping die de erflater aan de legataris toekende.

Zo hem een eventuele roeping tot alle goederen werd verleend, een zogenaamde residuaire aanspraak, hebben we te maken met een algemene legataris. Dit is de klassieke regel die ook in de te bespreken periode wordt gehanteerd (Antwerpen, 4 december 1985, *T.B.B.R.*, 1988, 421, noot H. De Decker; Rb. Bergen, 10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192; Rb. Luik, 2 november 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 170 (implic.); zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 609, nr. 94).

Is hij alleen geroepen tot alle onroerende goederen of tot alle roerende goederen, of tot een gedeelte van deze, of tot een gedeelte van alle goederen, dan gaat het om een legaat onder algemene titel.

In alle andere gevallen staan we voor een bijzonder legaat. Een legaat dat betrekking heeft op individueel aangeduide goederen, zelfs al zijn die niet één per één aangeduid, is dus in de regel een bijzonder legaat (Brussel, 12 februari 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 515; Rb. Bergen, 10 april 1989, gecit.; zie nochtans verder nr. 315).

312. In de te bespreken periode wordt er meer en meer de nadruk op gelegd dat ook inzake de kwalificatie van legaten, de bedoeling van de erflater doorslaggevend is. Dit wil zeggen dat moet nagegaan worden wat de erflater nu precies wilde vermaken en dat op basis daarvan een kwalificatie wordt gegeven (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 610, nr. 96).

Hierbij wordt op de eerste plaats rekening gehouden met de bewoordingen en de terminologie die door de erflater gebruikt werden, maar de rechter moet wel overtuigd zijn dat de erflater wist wat hij schreef (Antwerpen, 8 mei 1984, *A.R.*, nr. 1563/83, niet gepubl.).

Bij het zoeken naar die werkelijke bedoeling zijn de algemene regels inzake interpretatie van testamenten van toepassing als bv. de voorrang van de werkelijke bedoeling op de gebruikte bewoordingen (Rb. Luik, 2 november 1987, gecit.; zie ook hoger nrs. 269 e.v.).

313. Dit leidt op de eerste plaats tot het afwijzen van de kwalificatie die uitdrukkelijk door de erflater aan het legaat gegeven werd.

Zo was het hof van Antwerpen, in een arrest waarin de principes inzake verschillende algemene legatarissen zeer duidelijk werden uiteengezet (4 december 1985, gecit.), van oordeel dat niettegenstaande de testatrice uitdrukkelijk de term „algemene legataris'' gebruikt had, dit door de rest van het testament werd tegengesproken.

De testatrice had immers gepreciseerd dat de eerste van deze „algemene legatarissen'' „tot beloop van de helft'' werd aangesteld, in geval van diens vooroverlijden werd een subsidiaire legataris aangeduid. De twee andere „algemene legatarissen'' werden samen „tot beloop van de andere helft'' aangesteld voor gelijke delen, ook voor deze werden subsidiaire legatarissen aangeduid en binnen deze helft werd aanwas voorzien bij vooroverlijden of verwerping van alle subsidiaire legatarissen in een tak.

Uit het feit dat wel aanwas was voorzien binnen deze tweede helft maar niet tussen de twee helften onderling, leidde het hof af, dat de testatrice niet in elk geval gewild had al haar goederen aan al haar erfgenamen te ontnemen. Het was daarom van oordeel dat het in casu om legatarissen onder algemene titel ging. Deze konden dus niet in bezit worden gesteld, maar moesten afgifte vragen aan de erfgenamen.

Met annotator De Decker kan men zich afvragen of dit besluit zich in feite opdrong en of men uit de ontleding van het testament waarin vele juridische termen werden gebruikt en tal van nuanceringen aangebracht, noodzakelijkerwijze moest afleiden dat de testatrice de draagwijdte van de term algemeen legataris (die aanwas impliceert) niet kende (zie nochtans Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 345, nr. 43).

Hoe dan ook, eens te meer blijkt dat bij de aanstelling van verschillende algemene legatarissen het preciseren van de breukdelen die aan elk van hen moeten toekomen, gevaarlijk is en dus af te raden.

Ook het hof van beroep van Brussel (12 februari 1985, gecit.) wees in deze periode de kwalificatie af die door de erflater aan zijn legaat gegeven werd. Of het hof zich hierbij vooral baseerde op de bedoeling van de erflater is niet meteen duidelijk (zie hierover verder nr. 322).

314. Traditioneel werd evenwel aangenomen dat de bedoeling van de

erflater een algemeen legataris of een legataris onder algemene titel aan te stellen, alleen maar kon afgeleid worden uit de bewoordingen zelf van het testament, zonder dat nochtans vereist werd dat de erflater expliciet moest spreken over een „algemene legataris'' of van een „legataris onder algemene titel'' of van „een legaat van al zijn goederen'' of van „een fractie van zijn goederen'', zoals bedoeld in art. 1010 B.W.Wel werd aanvaard dat dit ook onrechtstreeks kon bv. door het vermaken van het beschikbaar deel, of van de rest van de goederen, wat tot bewijs van het tegendeel liet vermoeden dat aan de legataris een residuaire aanspraak toekwam (zie hierover uitgebreid mijn bijdrage „De legataris, soorten, kenmerken, vereisten'', in Koninklijke Federatie van Belgische notarissen (ed.), *De legatarissen en hun legaat*, (1-50), nrs. 4 e.v.).

Een stapje verder gaat de rechtbank van Bergen (10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192) die een gebrekkige aanduiding als: „ik stel X. aan op last de volgende legaten uit te voeren'' in een potius-ut-valeat interpretatie beschouwt als een aanstelling tot algemeen legataris en wel op grond van de bedoeling van de testatrice. Er was immers gebleken dat deze zeer minitieuze beschikkingen getroffen had over een reeks minder belangrijke goederen, terwijl een andere duidelijkere beschikking over haar belangrijkste vermogensbestanddelen ontbrak. Bovendien bestonden er enge banden van vriendschap en bijstand tussen X. en de erflaatster.

315. Traditioneel was men echter van oordeel dat de opsomming van individueel aangeduide goederen een eventuele roeping tot het geheel of tot alle roerende of onroerende goederen uitsloot, tenzij de opsomming niet limitatief was (*R.P.D.B.*, dl. IV, *Donations et testaments*, nr. 903, 147; Rb. Nijvel, 13 november 1957, *R.J.T.A.N.*, 1958, 97; Brussel, 27 mei 1952, *J.T.*, 1952, 381; Rb. Bergen, 10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192).

Of deze al dan niet limitatief was moest blijken uit het gebruik van uitdrukkingen als „enz.'', „e.a.'', „...'' aan het eind van de opsomming.

Zonder het gebruik van dergelijke termen werd de eventuele roeping tot het geheel afgewezen, zelfs al stemde de opsomming overeen met de totaliteit van de goederen, die de erflater op dat ogenblik bezat.

De reden was dat men voor de toebedeling van de goederen, die de erflater eventueel later zou verkrijgen of zou verkrijgen ter vervanging van de vermaakte goederen, niet kon terugvallen op een zinsnede in het testament.

Maar kan bv. juist uit het feit dat de erflater over de totaliteit van zijn goederen (of zijn onroerende of roerende goederen) beschikt heeft, niet zijn bedoeling afgeleid worden dat de opsomming niet limitatief bedoeld was, en dat hij zodoende een regeling wilde treffen over zijn nalatenschap in haar geheel (of over al zijn onroerende of over al zijn roerende goederen), m.a.w. dat hij dus een algemeen legataris (of een legataris onder algemene titel) wilde aanstellen?

In de te bespreken periode wordt deze verdere stap gezet, zij het soms aarzelend.

316. Zowel het hof van beroep van Antwerpen (31 oktober 1985, *Rev. Not. B.*, 1986, 387) als de rechtbank van Luik (2 november 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 170; vgl. ook Brussel, 12 februari 1985, gecit.; zie verder nr. 322) aanvaarden dat, alhoewel aan bepaalde legatarissen alleen individueel opgesomde goederen worden toebedeeld, het toch in de bedoeling van de erflater had gelegen hun een residuaire aanspraak te geven. Zij konden dus aanspraak maken op andere goederen van de nalatenschap, die nochtans niet in de opsomming vermeld waren (Antwerpen, 31 oktober 1985, gecit.).

Bij het zoeken naar die bedoeling wordt rekening gehouden met extrinsieke elementen, zoals de verschillen in de relatie van de erflater met die legataris enerzijds en met de andere erfgenamen anderzijds (Antwerpen, 31 oktober 1985, gecit.) en het feit dat de erflater in zijn testament over alle goederen die hij bezat, beschikt heeft (Rb. Luik, 2 november 1987, gecit.).

Er worden ook intrinsieke elementen aangehaald, maar deze doen eerder artificieel aan. Men krijgt de indruk dat de rechter het progressieve van zijn uitspraak wil verzachten door kost wat kost aanknopingspunten te willen vinden bij de gevestigde opvatting. Bv. aan legatarissen, die reeds een aantal belangrijke goederen (het huis, de banktegoeden) kregen toebedeeld, werd nadien ook nog een legaat vermaakt „van alle sierstukken, schilderijen en andere''. In de toevoeging van deze laatste woorden bij een opsomming van toch eerder onbelangrijke goederen wordt (mede) een argument gevonden voor de residuaire aanspraak... deze opsomming is immers niet limitatief! (Rb. Luik, 2 november 1987, gecit.; vgl. Antwerpen, 31 oktober 1985, gecit.; zie nochtans Bergen, 28 februari 1977, *Pas.*, 1977, II, 189, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 298, nr. 22415).

Uit het feit dat eerst twee legaten van een geldsom worden vermaakt (duidelijk twee bijzondere legaten) wordt door het hof van Antwerpen afgeleid dat het laatste legaat een restlegaat en dus een algemeen legaat is, alhoewel de erin opgesomde goederen niet overeenstemmen met alle resterende goederen of ook nergens uitdrukkelijk gezegd wordt dat over de rest beschikt wordt (Antwerpen, 31 oktober 1985, gecit.).

Wel had de erflater o.a. de term „al mijn eigendommen'' gebruikt. Dat deze alleen maar op de onroerende goederen zou slaan (zoals toch gebruikelijk is), wordt door het hof afgewezen omdat niet blijkt dat de erflater hem in deze beperkte betekenis zou gebruikt hebben. Dit laat het hof toe te besluiten dat de erflater expliciet over al zijn goederen beschikt heeft!

317. Zo men aanneemt dat de werkelijke bedoeling van de erflater steeds mag gezocht worden ook via extrinsieke middelen, op voorwaarde dat men via die uitleg alleen maar tracht te achterhalen wat de erflater in zijn testament bedoelde te zeggen, heeft men dergelijke artificiële argumenten niet nodig (zie ook hoger nr. 267).

Wel zal de legataris de rechter des te moeilijker overtuigen en zal de rechter des te beter zijn vonnis moeten motiveren, naargelang de gevonden werkelijke bedoeling verder afwijkt van de betekenis op het eerste gezicht van de gebruikte bewoordingen (zie ook mijn commentaar bij de artt. 1002, 1003 en 1010 B.W. in *Comm. Erf.*

Hoger werd gesteld (zie nr. 311) dat men de algemene legataris erkent aan zijn eventuele roeping tot het geheel en niet aan de goederen die hij in werkelijkheid opneemt. Met de belangrijkheid van de toebedeelde goederen zal nochtans wel rekening (moeten) gehouden worden bij het kwalificeren van een algemeen legaat, wanneer de erflater noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks duidelijk heeft te kennen gegeven om welk legaat het ging.

2) Algemeen legaat

a. Definitie

318. Zie hoger nrs. 311 e.v.

b. Verschillende algemene legatarissen

319. Het feit dat de testator verschillende personen tot algemeen legataris aanstelde doet geen afbreuk aan hun kwalificatie, zelfs niet zo de erflater het breukdeel preciseert dat uiteindelijk aan elk van hen zal toekomen (Antwerpen, 2 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 635; Rb. Luik, 2 november 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 170 (implic.).

Dit is althans het geval zo blijkt dat hij aan elk van hen een residuaire aanspraak wilde toekennen, zo niet gaat het om een legaat onder algemene titel (Antwerpen, 4 december 1985, *T.B.B.R.*, 1988, 421, zie ook nr. 313).

Nu bovendien aanvaard wordt dat de omvang van de vermaakte goederen en niet de aard van het toegekende recht het karakter van het legaat bepaalt (zie verder nr. 323), is het mogelijk dat in eenzelfde nalatenschap één of meer algemene legatarissen van het vruchtgebruik samen opkomen met één of meer algemene legatarissen van de blote eigendom (zie bv. Antwerpen, 2 januari 1989, gecit.).

3) Legaat onder algemene titel

320. Een legaat onder algemene titel is een legaat waarbij de erflater beschikt over een gedeelte van zijn vermogen, over al zijn onroerende of al zijn roerende goederen of over een gedeelte daarvan.

Het is dan ook niet meteen duidelijk (en elke verantwoording terzake ontbreekt) waarom de rechtbank van Tongeren (11 januari 1991, *T.B.B.R.*, 1991, 399) een legaat van „hetgeen wat op mijn naam staat'' als een legaat ten algemene titel beschouwt. Het zou kunnen dat dit een manier van omschrijven was van al mijn roerende goederen, of al mijn onroerende

goederen. Maar uit de rest van het vonnis blijkt dat dit zeker niet de redenering van de rechtbank was.

321. Een legaat van het beschikbaar deel kan een legaat onder algemene titel zijn (Parijs, 22 september 1986, *D.S.*, 1987, 150, noot I. Najjar, impliciet), alhoewel dan meestal wordt vereist dat duidelijk de bedoeling van de erflater blijkt de roeping van de legataris tot dat breukdeel te willen beperken (wat in het geval dat het hof van Parijs te beoordelen had, niet zo evident was).

Zo een legataris onder algemene titel ten belope van een breukdeel van de nalatenschap wordt aangesteld, wordt hij samen met de intestaat erfgenamen en ten belope van dat breukdeel onverdeelde medeëigenaar van de nalatenschap (Vred. Hamme, 5 september 1989, *T. Vred.*, 1991, 47). Hij kan dan ook niet alleen optreden in een betwisting t.a.v. een welbepaald goed uit de nalatenschap.

Zo hem daarentegen alle onroerende goederen werden vermaakt kan hij dat wel, althans zo de betwisting betrekking heeft op een onroerend goed.

322. Traditioneel werd aangenomen dat een legaat waarin alle (on)roerende goederen individueel worden opgesomd die de erflater bezat, geen legaat onder algemene titel is maar een bijzonder legaat (Dillemans, *Testamenten*, nr. 114; Casman, H., nr. 1301). Het hof van Brussel (12 februari 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 515) is nochtans een andere mening toegedaan. De erflater had bij (wat hij een) bijzonder legaat (noemde) de helft van zijn huis en van zijn gronden vermaakt. Het bleek dat dit de enige onroerende goederen waren van de erflater.

Het hof oordeelde dat het om een legaat onder algemene titel ging. Het stelt dat zo de individueel vermaakte goederen in hun geheel genomen een fractie van het vermogen uitmaken, zoals bepaald in art. 1010 B.W., het om een legaat onder algemene titel gaat. De kwalificatie van het legaat wordt, zo zegt het Hof, bepaald in functie van het voorwerp van het legaat en niet overeenkomstig de bewoordingen die door de erflater gebruikt werden.

Deze zinsnede kan op twee manieren geïnterpreteerd worden. Enerzijds als: er moet bij de kwalificatie van de legaten eerder nagegaan worden wat de erflater in feite bedoelde te vermaken, dan rekening te houden met de gebruikte bewoordingen. In deze interpretatie sluit dit arrest aan bij de reeds onder nr. 312 gesignaleerde trend.

Of anderzijds als: er moet nagegaan worden wat, los van de bedoeling van de erflater, in feite toekomt aan de legataris. Deze interpretatie wijkt nochtans zo fel af van alle traditionale opvattingen terzake, dat ze moet afgewezen worden.

4) Legaat van vruchtgebruik en van blote eigendom

323. Het karakter van een legaat hangt af van de omvang van de goederen

die vermaakt worden, niet van de aard van het recht (volle eigendom, blote eigendom, vruchtgebruik) dat wordt toegekend.

Dit destijds spectaculaire standpunt van het Hof van Cassatie (2 mei 1952, *T. Not.*, 1952, 119; *R.W.*, 1951-52, 1819; *Pas.*, 1952, I, 542; *Rev. Prat. Not.*, 1955, 332, noot Lainé en door Dillemans besproken in dit tijdschrift, 1965, 620, nr. 38) werd herhaald bevestigd in deze periode.

Het Hof van Beroep van Brussel (12 februari 1985, gecit.) past die regel toe op een legaat in blote eigendom, maar hieromtrent is nooit een probleem geweest: blote eigendom houdt immers steeds een roeping in tot volle eigendom.

Het Hof van Antwerpen (2 januari 1989, gecit.) past dit ook toe t.a.v. legaten in vruchtgebruik. Ondanks enige afwijzingen door de lagere instanties (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 611, nr. 97) schijnt de rechtspraak zich dus meer en meer eensgezind achter het standpunt van het Hof van Cassatie te scharen.

§ 2. Voorwerp van het legaat

1) Aanduiding van het voorwerp

a. Algemeen

324. De aanduiding van het voorwerp van een legaat moet helemaal niet met sacramentele bewoordingen gebeuren. Het volstaat dat duidelijk is welke goederen de erflater bedoeld heeft. Zo voldeed de aanduiding „land gelegen op de Mierebeek'', alhoewel de wijk officieel de naam „Meerveld'' droeg, maar door de mensen uit de buurt en door de overledene steeds „Miereveld'' genoemd werd (Brussel, 30 november 1982, *T. Not.*, 1985, 189, noot M. Puelinckx-Coene; *Rev. N. B.*, 1986, 123).

Het is ook niet nodig dat de erflater weet uit welke preciese goederen het legaat zal bestaan, zo maar op basis van zijn instructies bepaalbaar is om welke goederen het gaat.

Zo werd in een geval dat de rechtbank van Tongeren (11 januari, *T.B.B.R.*, 1991, 399) te beoordelen kreeg, terecht door niemand de geldigheid in vraag gesteld van een legaat van „de ongewilde meubels'', alhoewel pas na de keuze door de erfgenamen zou komen vast te staan welke meubels ongewild achterbleven.

b. Enkele interpretatieproblemen

325. Een onpreciese aanduiding van het voorwerp geeft regelmatig aanleiding tot interpretatie van de wil van de erflater. Hierbij wordt rekening gehouden met extrinsieke en intrinsieke elementen die verschillen van geval tot geval en van aard kunnen zijn dat naargelang het geval eenzelfde term enger of ruimer wordt geïnterpreteerd.

Zo was de rechtbank van Brugge (9 april 1979, *T.B.R.*, 1985, 20) van oordeel dat het legaat van „de gelden van mijn nalatenschap'' niet de obligaties,

kasbons, beurswaarden, titels en effecten omvat, alhoewel deze in de rest van het testament, dat door een notaris was opgesteld, nergens in andere legaten vermeld werden.

Onder „gelden'', aldus de rechtbank, moeten de liggende en geplaatste gelden begrepen worden (vgl. Rb. Brussel, 6 december 1971, *Rev. Not. B.*, 1972, 45). De geplaatste gelden zijn deze die geplaatst zijn op een depositoboekje, een rekening courant of een termijnrekening.

Volgens de rechtbank van Marche-en-Famenne (26 oktober 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 357) daarentegen diende, gelet op extrinsieke en intrinsieke elementen en in overeenstemming met de omschrijving er door de Larousse aan gegeven, onder de term „argent'' begrepen te worden „tout numéraire, toutes valeurs quelconques: or, actions, obligations, billets de banques etc.''

326. Een veel voorkomend interpretatieprobleem betreft de draagwijdte van beschikkingen als „een huis met alles wat er zich in bevindt''.

Art. 536 B.W., dat op de legaten toepasselijk werd verklaard (Brussel, 16 november 1849, *R.W.*, 1949-50, 750; Van Hove, E., „Problemen rond het voorwerp van het legaat'' in *De legatarissen en hun legaat*, *o.c.*, (49-70), 55) verschaft hierover uitleg. Hierin is, volgens dit artikel, niet begrepen het gereed geld, de inschulden of andere rechten waarvan de titels in het huis mochten neergelegd zijn.

Algemeen wordt het suppletieve karakter van deze bepaling aanvaard (zie ook vorige overzichten, dit tijdschrift, 1965, 623, nr. 46 en 1985, 584, nr. 68 en de voorbeelden geciteerd door Van Hove, *o.c.*, 55, nr. 2). De rechtbank van Marche-en-Famenne (26 oktober 1989, gecit.) was van oordeel dat een tegengestelde en vrijgeviger bedoeling van de erflater dan wel duidelijk moet blijken, bv. uit toevoegingen als „niets uitgezonderd'' of iets dergelijks.

In casu was alleen een opsomming toegevoegd van minder belangrijke goederen als: meubelen, linnen, aardewerk, biblots, auto, enz. De legataris beriep zich op deze „enz'' om ook aanspraak te maken op het goud, de aandelen, obligaties en kasbons die samen met 1.935 BF in een schuilplaats in de schoorsteen van het gelegateerde huis gevonden werden en ongeveer twee derden van de nalatenschap vertegenwoordigden. Mede gelet op een aantal andere intrinsieke (het „geld'' was wel expliciet vermaakt aan alle neven en nichten) en extrinsieke elementen (andere personen dan deze legataris waren op de hoogte van de schuilplaats) was de rechtbank van oordeel dat hier de beperkte wettelijke interpretatie diende weerhouden te worden.

327. Ook het hof van Gent (22 november 1991, *T. Not.*, 1992, 74) beriep zich bij de omschrijving van het voorwerp van het legaat op de wettelijke bepaling. Aan een testamentaire voogd was het „wettelijk vruchtgenot''

toegekend. Het hof was van oordeel dat dit begrip wettelijk bepaald is en er dus geen enkele aanleiding tot interpretatie was, zelfs al bestaat er geen enkele wettekst die dit genot uitbreidt tot de voogd.

2) Toebehoren

328. Artikel 1018 B.W. vermoedt dat de vermaakte zaak wordt geleverd met het noodzakelijk toebehoren.

Hieronder worden in de regel begrepen de toebehoren die inherent zijn aan de zaak, zonder dewelke zij niet kan aangewend worden voor haar gewoon gebruik of die er het normale complement van zijn. Wat daaronder valt is niet altijd even duidelijk (zie Sace, nr. 251 en voorbeelden daar). Het is eens te meer een loutere feitenkwestie, waarin de bedoeling van de erflater een belangrijke rol speelt.

Zo kan de erflater een zaak tot toebehoren van een andere maken, alhoewel beiden normalerwijze onafhankelijk zijn (Aubry-Rau, XI, § 722, 377; Planiol-Ripert, V, nr. 647).

De rechtbank van Brussel (15 januari 1991, *Pas.*, 1991, III, 66) was van oordeel dat een erflater, die een legaat had vermaakt van vijf appartementen, de bedoeling had gehad als bijzaak ervan ook de bijhorende vijf garages te vermaken, al gaf ze toe dat garages niet echt afhangen van een appartement.

Er was immers gebleken dat deze garages gelegen waren in hetzelfde collectief woongebouw, tesamen met de appartementen door de erflater waren aangekocht en door hem steeds een appartement tesamen met een garage was verhuurd geworden (vgl. Bergen, 6 februari 1991; *Rev. Not. B.*, 1991, 611; zie hoger nr. 265).

3) Legaat van schuldenaar aan schuldeiser

329. Art. 1023 B.W. stelt dat een legaat aan een schuldeiser niet geacht wordt gemaakt te zijn tot voldoening van zijn schuldvordering. Dit artikel viseert de situatie waar de erflater een legaat vermaakt aan iemand waarvan vaststaat dat hij zijn schuldeiser is.

In dergelijk geval is het niet meteen duidelijk of de erflater met dit legaat zijn schuld wilde betalen, dan wel of het legaat er los van staat en de legataris/schuldeiser naast zijn legaat ook nog betaling van zijn schuldvordering kan vorderen (De Page, VIII, nr. 996; Sace, nr. 185).

Art. 1023 B.W. vermoedt dat het laatste het geval is. Het gaat er om een vermoeden juris tantum, maar het tegendeel (nl. dat het in feite alleen maar om een betaling ging) kan alleen aangenomen worden op grond van een duidelijke vermelding of aanduiding in die zin in het testament zelf (Dillemans, *o.c.*, nr.121).

Maar zelfs zo bewezen wordt dat de erflater alleen maar zijn bestaande schuld wilde voldoen, behoudt deze testamentaire beschikking alle kenmerken daaraan verbonden. Zij zal dus pas uitwerking krijgen na het overlijden

van de erflater m.a.w. dus niet vanaf het opmaken van het testament (Brussel, 1 juni 1989, *Pas.*, 1989, II, 317).

4) Legatum debiti

330. De erflater kan ook zijn schuld vermaken. Hier erkent de erflater dat hij een schuld heeft (die niet noodzakelijkerwijze juridisch afdwingbaar is) en dat hij deze wil voldoen.

Hier hebben we niet te maken met een vrijgevigheid (tenzij natuurlijk het om een geveisde schuld zou gaan; De Page, VIII, nr. 998). Er is dus ook geen aanrekening op het beschikbaar deel.

Op deze situatie is art. 1023 B.W. niet van toepassing.

Dit subtiel onderscheid tussen beide situaties dat door De Page wordt gemaakt, vinden we niet terug in het vonnis van de rechtbank van Tongeren van 6 maart 1987 (*T.B.B.R.*, 1988, 254).

Een vader had uit erkentelijkheid bij testament aan zijn dochter, bij wie hij gedurende jaren kosteloze inwoon en verzorging had genoten, een som vermaakt (5000 BF per maand verblijf bij haar). De dochter beweerde dat het om een legatum debiti ging dat dus niet moest worden aangerekend op het beschikbaar deel. Ze werd in het ongelijk gesteld door de rechtbank, die om de werkelijke wil van de erflater te achterhalen, beroep deed op het vermoeden van artikel 1023 B.W. Dit artikel gaat er, zoals gezegd (zie vorig nr.) van uit dat het niet de bedoeling is van de erflater te betalen. Dit vermoeden was in casu volgens de rechtbank niet door andere elementen van het testament weerlegd.

Maar artikel 1023 was hier helemaal niet van toepassing. De vraag die aan de orde was, was of de dochter eigenlijk wel een schuldeiser van haar vader was, dan wel alleen maar zijn legataris.

De vraag die in art. 1023 B.W. een antwoord krijgt is, of een persoon, waarvan vaststaat dat hij schuldeiser is, bovendien ook zijn legataris wordt.

5) Legaat van een schuldvordering

331. De erflater kan een bestaande schuldvordering legateren, zoals elk ander vermogensbestanddeel (zie Dillemans, *o.c.*, nr. 122). Maar hij kan ook in het testament een schuldvordering in het leven roepen ten voordele van een persoon die hij aanduidt en ten laste van de erfgenamen. Dergelijke beschikking is geldig en verbindt de erfgenamen, zoals elke andere schuld (Sace, nr. 135-1).

Dit wordt impliciet bevestigd door het Hof van Cassatie (13 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988- 89, 920, nr. 454; *Pas.*, 1989, I, 825, nr. 454; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 315, nr. 24138; *Rev. Not. B.*, 1989, 410; *R.W.*, 1989-90, 253; *R.C.J.B.*, 1991, 205; *R.D.C.*, 1989, 878 en de bespreking bij Sace, nr. 135-1).

Een vader had aan zijn zoon bij testament opgedragen van zijn meerderheid in de familiale vennootschap gebruik te maken om er voor te zorgen dat door

de vennootschap aan de dochter een lijfrente zou worden uitgekeerd, ten einde haar een behoorlijke levensstandaard te garanderen. Deze lijfrente zou moeten uitgekeerd worden zolang de dochter beheerder van die vennootschap bleef.

Het hof noteert dat het hof van beroep vaststelde dat de partijen er over akkoord gaan dat deze beschikking een gift (libéralité) inhoudt ten voordele van de dochter, en dat, meer bepaald de vader, aan zijn dochter een schuldvordering heeft gelegateerd ten laste van zijn zoon, die een verplichting tot facere tot voorwerp heeft.

In casu kwam vooral de geldigheid van de opgelegde last aan bod (zie hoger nr. 106) niet de vraag om welke vrijgevigheid het in hoofde van de beneficiaris van de schuldvordering gaat.

In de rechtsleer (Dillemans, *o.c.*, nr. 122, B) aanvaardt men dat het om een legaat gaat zo de schuldvordering betrekking heeft op een welbepaald goed dat moet overgedragen worden, niet zo de verbintenis (zoals in casu) een facere tot voorwerp heeft. Dan is hij alleen beneficiaris van een last.

6) Fideïcommis de residuo

332. Via een fideïcommis de residuo, procédé waarvan de geldigheid niet meer wordt betwist (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 620, nr. 112), kan iemand tweemaal beschikken over dezelfde goederen. De erflater zegt dan aan wie hij in eerste orde en meteen de goederen wil laten toekomen en hij bepaalt bovendien aan wie, bij het overlijden van die eerste begunstigde, wat van die goederen overblijft moet toekomen. Het is wel nodig dat deze dubbele beschikking duidelijk en uitdrukkelijk door de erfsteller voorzien wordt (Brussel, 26 maart 1985, *Pas.*, 1985, 99; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 401, nr. 23.528).

Zo werd de toch wel dubbelzinnige toebedeling van „den volle eigendom het leven gedurende des langstlevende'' niet geïnterpreteerd als een fideïcommis de residuo maar als een toebedeling van vruchtgebruik (Gent, 19 juni 1985, *T. Not.*, 1986, 110; zie ook verder nr. 450).

§ 3. Aanduiding van de legataris

1) De legataris moet bestaan (art. 906 B.W.)

a. Vereiste van bestaan t.a.v. verenigingen en instellingen

333. Om bij testament te kunnen ontvangen moet men bestaan op het ogenblik van het overlijden (Rb. Turnhout, 16 februari 1990, A.R. nr. 60.660, onuitgegeven; zie ook de uitvoerige bespreking in het vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 613, nr. 99 e.v.).

Voor instituten, verenigingen, genootschappen ... betekent dit dat zij rechtspersoonlijkheid moeten bezitten.

Ook in deze periode kreeg de burgerlijke rechter (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 40; zie Rb. Brussel, 23 maart 1971, bevestigd door Brussel, 19 januari 1973, *Rev. Not. B.*, 1973, 136, waar dit voor het eerst expliciet gebeurde) de gelegenheid te bevestigen dat een legaat aan een onderafdeling zonder rechtspersoonlijkheid kan opgenomen worden door de vereniging, hoofdafdeling, moederhuis ... met rechtspersoonlijkheid waarvan de nominatim begunstigde instelling, afdeling, bijhuis ... afhangt.

Deze oplossing werd door de overheid reeds sinds jaren toegepast naar aanleiding van een verzoek tot goedkeuring tot het aanvaarden van het legaat, waartoe begunstigde rechtspersonen verplicht zijn (zie hierover hoger nrs. 51 e.v. en mijn gecit. bijdrage in *De legatarissen en hun legaat*, 18 en mijn commentaar bij art. 906 B.W. in *Comm. Erf*, gecit.).

Dit schijnt dus nu ook vaste civiele rechtspraak te worden.

Vereist is dat er wel degelijk een organieke band bestaat tussen beide instellingen, afdelingen ... en dat de doelstellingen waarvoor het legaat vermaakt werd kaderen binnen de doelstellingen van de rechtspersoon.

De rechtspersoon moet dan de vermaakte goederen ten goede laten komen van de instelling die in het testament met naam genoemd is (alhoewel die last niet met zoveel woorden in het vonnis aan de rechtspersoon wordt opgelegd).

Net zoals in 1971 beschouwt de rechter dit als een interpretatiekwestie, alhoewel dit ook nu weer wat gewrongen aandoet (zie ook vorig overzicht, *T.P.R.*, 1985, 614, nr. 99) en het verwondert mij niet dat de verweerder opwierp dat de rechter zodoende in feite de legataris wijzigde en een zuiver legaat verving door een legaat met last.

Samen met Voirin (noot onder Cass. Fr., 14 januari 1941, *J.C.P.*, 1942, 1), schijnt onze rechtspraak meer en meer de mening toegedaan te zijn dat „habiler d'une forme technique appropriée le but économique exprimé, ce n'est pas refaire le testament, c'est encore l'interpreter'' (zie vorig overzicht, *T.P.R.*, 1985, 591, nr. 76; zie ook noot I. Najjar onder Parijs, 22 september 1986, *D.S.*, 1987, J, 150; zie ook hoger nr. 272 en verder nr. 478).

334. Anderzijds werd niet aanvaard dat een legaat aan een nog niet bestaande rechtspersoon (een V.Z.W., waarvan de statuten nog niet gepubliceerd waren bij het openvallen van de nalatenschap) kon opgenomen worden door de wel bestaande individuele leden van de vereniging en wel omdat die niet zelf tot legataris waren aangesteld (Rb. Namen, 7 oktober 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1986, 417).

335. Het standpunt dat door de rechtbank van Brussel (6 mei 1980, *J.T.*, 1980, 745 en *Rev. Not. B.*, 1981, 374) ingenomen werd en waarbij niet werd aanvaard dat het, naar analogie met fysieke personen, ook voor rechtspersonen volstaat reeds „verwekt'' te zijn bij het openvallen van de nalatenschap (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 614, nr. 100) werd in beroep bevestigd (Brussel, 12 november 1985, niet gepubl.).

Een V.Z.W. die bij het openvallen van de nalatenschap reeds was opgericht

maar waarvan de statuten slechts 19 dagen na die datum waren gepubliceerd, werd als onbestaande rechtspersoon onbekwaam geacht om een legaat op te nemen (zie ook Rb. Namen, 7 oktober 1986, gecit.).

Alhoewel tegen het arrest van het hof van Brussel, 12 november 1985, waar tal van andere problemen aan bod kwamen (zie nr. 360), cassatieberoep werd aangetekend, werd het op dit specifieke punt nochtans niet bekritiseerd (Cass., 26 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 87-88, nr. 113; *Pas.*, 1988, I, 217, *R.C.J.B.*, 1992, 18, noot Raucent; *R.W.*, 1987-88, 1431).

b. Het bijzonder geval van de stichting

336. Traditioneel wordt voorgehouden dat de stichting een uitzondering vormt op art. 906 B.W., dat eist dat de legataris moet bestaan bij het openvallen van de nalatenschap (zie nochtans verder nr. 475).

Overeenkomstig art. 27 van de wet van 27 juni 1921 op de V.Z.W.'s en de instellingen van openbaar nut is het mogelijk bij testament een stichting in het leven te roepen. Deze verwerft, mits goedkeuring naderhand door de regering, rechtspersoonlijkheid met terugwerkende kracht tot aan de dag van het overlijden, tenzij anders door de erflater werd bedongen (art. 29; zie hierover verder nrs. 475 e.v.).

2) De legataris moet bepaald zijn

a. Algemeen

337. Opdat de eigendom van de goederen die door het overlijden van de erflater vrijgekomen zijn, zou kunnen overgaan op een nieuwe eigenaar, die door de erflater uitgekozen werd, moet men weten wie dit precies is, m.a.w. de legataris moet bepaald zijn.

Het volstaat dat hij bepaalbaar is bij het openvallen van de nalatenschap, ook al weet de erflater niet welke personen uiteindelijk zijn legatarissen zullen zijn. Het is ook onbelangrijk dat het opzoeken van deze legatarissen enig zoekwerk meebrengt (Rb. Turnhout, 16 februari 1990, A.R. nr. 60.660, onuitgegeven).

Aan een legaat „aan de wettelijke erfgenamen van mijn echtgenoot of aan hen die in hun plaats zullen zijn getreden volgens de regels van de plaatsvervulling'' kan dus gevolg gegeven worden. Al stond bij de redactie van het testament niet vast wie uiteindelijk in aanmerking zou komen toch kon dit bij het openvallen van de nalatenschap worden uitgemaakt.

De rechtbank van Gent, 23 september 1980, hierin gevolgd door het hof van beroep (2 juni 1983, *R.W.*, 1985-86, 1592), was van oordeel dat de erflaatster die verwanten van haar man had willen begiftigen die door de wet tot zijn nalatenschap zouden geroepen zijn en op de wijze daar voorzien.

338. De legataris moet niet expliciet bij naam genoemd zijn, voldoende is dat uit de omstandigheden waarin het testament werd opgemaakt en uit

andere extrinsieke elementen blijkt wie de erflater precies heeft willen aanduiden (Rb. Hoei, 7 juni 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 488).

Had al evenmin de nietigheid van het legaat tot gevolg: de vermelding van alleen maar een voornaam, die door meer dan een persoon uit de onmiddellijke omgeving van de erflater, gedragen wordt (Brussel, 30 november 1982, *T. Not.*, 1985, 189, door mij geannoteerd, *Rev. Not. B.*, 1986, 123), of het gebruik van een benaming die niet exact overeenstemt met de volledige officiële benaming van een bepaalde instelling (Rb. Brussel, 24 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 40).

b. Beschikkingen ter bevordering van een bepaald doel

339. Legaten die niet vermaakt zijn aan welbepaalde personen maar bedoeld zijn ter bevordering van een bepaald doel, zijn niet ongeldig.

Er kan op verschillende manieren uitwerking aan gegeven worden. Het Hof van Gent zet ze in een zeer goed gemotiveerd arrest op een rijtje (Gent, 11 mei 1989, bevestigt Rb. Brugge, 30 november 1987, *T. Not.*, 1990, 439).

Aanleiding was een betwisting over de draagwijdte van een testamentaire clausule waarbij een erflaatster gevraagd had dat de opbrengst van haar goederen zou gebruikt worden om elke winter kolen uit te delen aan bejaarde personen die alleen leven op een zolderkamer of in een kelder.

340. Op de eerste plaats kan dergelijke clausule ontleed worden als een last opgelegd aan de nalatenschap.

Dit is de stelling die nogal eens door de erfgenamen wordt verdedigd, maar meestal zonder succes (zie reeds Cass. Fr., 14 januari 1941, *D.*, Recueil analytique, 1941, 103). Het is voor hen de minst onereuse oplossing maar voor de erflater biedt ze weinig waarborgen. Wie zal immers over de niet uitvoering komen klagen, gezien de beneficiarissen bijna nooit voldoende direct aangewezen zijn om zelf een vordering tot uitvoering van de last te kunnen instellen (zie verder nr. 367).

Ook in casu wordt deze oplossing door het hof afgewezen. Bij gebreke aan verknochtheid tussen de erflaatster en de erfgenamen (waarvan geen enkele in het testament bedacht werd) leek het het hof weinig aanneembaar dat deze voor de uitvoering zouden moeten instaan.

341. De testator kan — en dat is een tweede mogelijkheid — de bedoeling gehad hebben (een deel van) zijn vermogen af te zonderen ter verwezenlijking van een bepaald doel. Dit betekent dat hij bij testament een stichting in het leven wilde roepen. Dit is de meest omslachtige oplossing, het moet daarom met zekerheid blijken dat de erflater deze weg verkoos (zie hierover verder nrs. 475 e.v.).

342. Ten slotte kan men het legaat laten toekomen aan een rechtspersoon,

die de verwezenlijking van dat doel tot zijn al dan niet exclusieve opdracht heeft en die het legaat, waarvan hij op enige manier weet kreeg, opeist.

Deze rechtspersoon moet dan wel de vermaakte goederen aanwenden voor het specifieke doel dat door de erflater werd uitgekozen. De erfgenamen kunnen er op toezien dat dit inderdaad gebeurt en eventueel bij niet-naleving van de bestemming gerechtelijke herroeping vorderen van het legaat (zie hierover verder nr. 366).

In casu maakte het O.C.M.W. van Oostende aanspraak op het legaat.

Terecht, volgens rechtbank en hof. Hun redenering is subtiel. Uit de rest van het testament bleek volgens hen dat de erflaatster in feite bedoeld had arme bejaarden te helpen, en het lenigen van armoede is nu juist de specifieke opdracht van het O.C.M.W.

De erflaatster was bovendien geboren, getogen en gestorven te Oostende, zodat men kon aannemen dat ze de arme bejaarden van Oostende wilde helpen.

343. Er bestaat een neiging in (vooral) de (oudere) rechtspraak om in een potius-ut-valeat interpretatie, legaten, die — zij het ook maar onrechtstreeks — iets te maken hebben met armenzorg, te laten toekomen aan het O.C.M.W. of aan diens voorgangers: de C.O.O. en de weldadigheidsburelen (die de „wettige vertegenwoordigers'' van de armen werden genoemd; Gent, 16 mei 1904, *Pas.*, 1904, II, 316; Rb. Antwerpen, 28 december 1889, *Pas.*, 1890, III, 173; Gent, 9 juli 1910, *Pas.*, 1910, II, 350; *P.P.*, 1911, 579; en recenter R.v.St., 1 december 1950, *Arr. R.v.St.*, 1950, 585, nr. 594; *R.W.*, 1950-51, 1568; *Pas.*, 1951, IV, 92; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1953, 470; Rb. Bergen, 29 september 1967, *J.T.*, 1968, 138; *Rev. Prat. Not.*, 1968, 289).

Zodoende kregen deze openbare instellingen een quasi-monopolie terzake.

Niet iedereen is daar gelukkig mee (zie bv. Dillemans, *Testamenten*, nr. 132) of overtuigd dat dergelijke interpretatie steeds strookt met de werkelijke bedoelingen van de erflater, vooral dan zo deze overtuigd katholiek was.

Tegen dergelijke kritiek tracht het hof van Gent (11 mei 1989, gecit.) zich hier in te dijken door te stellen dat uit niets blijkt dat de erflaatster, alhoewel ze diepgelovig was, andere publiekrechtelijke of private instellingen op het oog had en ze trouwens ook de hulp niet beperkt had tot christelijke bejaarden.

Vandaag worden de aanspraken van het O.C.M.W. slechts gehonoreerd zo de erflater niet zelf een bevoegde rechtspersoon heeft aangeduid die voor de hulpverlening aan de (bepaalde kategorie van) armen moet instaan. Vóór de wet van 21 juni 1927 op de V.Z.W.'s en de stichtingen waren die niet zo gemakkelijk te vinden.

In de te bespreken periode was het Hof van Cassatie zelf (26 oktober 1987, gecit.) van oordeel dat de stad Oostende een legaat kon opnemen dat haar vermaakt werd ten voordele van behoeftige bejaarden.

Noch de (intussen gewijzigde) Wet van 6 juli 1976 op de O.C.M.W.'s, noch enige andere wet, ontneemt immers de gemeenten, die een algemene bevoegdheid hebben inzake gemeentelijk belang, het recht om, door middel van legaten, hulp te verstrekken aan hun behoeftige bejaarden (zie nochtans de kritiek van Raucent, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1992, 35).

c. Legaat aan een groep van personen

344. Legaten aan een ruimere groep van personen, als de armen, de wezen, de gehandicapten worden meestal niet toegekend aan de verschillende individuele leden van die groep (wat trouwens heel wat practische problemen kan meebrengen) maar wel aan een rechtspersoon tot wiens (al dan niet enige) doelstelling het behoort de belangen van die groep te behartigen.

Men gaat er vanuit dat de erflater in feite de groep alsdusdanig wilde bevoordelen, zodat het ook hier eerder gaat om een legaat ter bevordering van een bepaalde doelstelling. De gevonden rechtspersoon moet dan de vermaakte goederen of gelden aanwenden voor dat doel, zonder dat het nochtans nodig is dat de uiteindelijke beneficiarissen reeds bestonden bij het overlijden van de erflater. De legataris is immers de (toen reeds) bestaande rechtspersoon.

Zo was de rechtbank van Bergen op 29 september 1967, (*J.T.*, 1968, 138; *Rev. Prat. Not.*, 1968, 289) nog van oordeel dat een legaat „aan de wezen van Bergen'' toekwam aan de plaatselijke C.O.O., omdat ze dacht dat de erflaatster allicht de arme wezen had willen begiftigen; een gelijkaardige redenering maakt in deze periode het hof van Gent (11 mei 1989, gecit.) t.a.v. de bejaarden (zie hoger nr. 342).

Met deze traditie breekt de rechtbank van Turnhout (16 februari 1990, A.R. nr. 60.660, onuitgegeven).

Een erflater had een legaat vermaakt „voor de weeskinderen van de gemeente Lichtaart''. De notaris die als testamentuitvoerder was aangesteld had overeenkomstig de traditionele opvatting de goederen toegekend aan de plaatselijke C.O.O., die ook goedkeuring van de overheid had gekregen om dit legaat te aanvaarden. Achteraf werd de gegrondheid van de aanspraak van de toenmalige C.O.O., nu het O.C.M.W., aangevochten voor de burgerlijke rechtbank, die inderdaad de enige bevoegde instantie is om dit geschil te beslechten (zie hierover hoger nr. 61).

De rechtbank van Turnhout oordeelde, enigszins verrassend en op basis van een letterlijke interpretatie van de gebruikte bewoordingen, dat de erflater met „weeskinderen van de gemeente Lichtaart'' alle minderjarige personen had bedoeld die op het ogenblik van het overlijden van de erflater woonachtig waren op het grondgebied van de toenmalige gemeente Lichtaart en wier vader en moeder toen reeds overleden waren.

Gezien art. 906 B.W. (zie hoger nr. 333) kwamen, aldus de rechtbank, alleen die wezen in aanmerking die op dat ogenblik reeds bestonden.

Daar de identiteit van deze personen, zij het met enig zoekwerk, te achter-

halen was, achtte de rechtbank de legataris bepaalbaar en het legaat dus geldig.

d. Legaat met keuzeverlening

345. De erflater mag aan geen derde de bevoegdheid delegeren de eigenlijke legatarissen aan te duiden.

Een legaat met keuzeverlening is nietig. Maar wat daar precies moet onder verstaan worden, wordt steeds enger omschreven. Men pleit voor een soepelere houding (zie Sace, J., „Réflexions sur le legs avec faculté d'élire'' in *Mélanges offerts à R. Legros*, (543-554), en mijn gecit. bijdrage in *De legatarissen en hun legaat*, *o.c.*, nr. 22 e.v.).

In die lijn ligt het arrest van het hof van beroep van Brussel, 20 mei 1983, *Rev. Not. B.*, 1988, 161 (zie verder nr. 479). Het hof weigerde een legaat met keuzeverlening te zien in een testamentaire clausule waarbij de erflaatster een stichting in het leven riep en aan een door haar aangeduide beheerder de opdracht gaf de werken uit te kiezen aan wie de inkomsten van de stichting moesten toekomen.

Zij heeft immers, aldus het hof, zelf een beslissing genomen over de erfgoederen en de stichting als eigenaar aangeduid. Aan de werken die via de stichting bevoordeeld zullen worden komen geen erfgoederen toe, ze zijn geen legatarissen die de test van de bepaalbaarheid moeten ondergaan. Dit is evenmin het geval voor de fysieke personen die uiteindelijk via de uitgekozen werken zullen geholpen worden en bij essentie onbepaald zijn.

De keuzeopdracht die aan de beheerder werd gegeven, zelfs al is hij algemeen legataris en testamentuitvoerder belast met de verdere realisatie van de stichting, komt hem toe niet in deze laatste hoedanigheden en naar aanleiding van de afwikkeling van de nalatenschap, maar als beheerder van de stichting.

3) Verdeling bij hoofde of bij staken

346. Het komt regelmatig voor dat de erflater verscheidene legatarissen tesamen tot zijn nalatenschap roept, maar sommigen hiervan individueel noemt, terwijl andere met een verzamelnaam (de kinderen van ...) worden aangeduid, of op een wijze die kan laten vermoeden dat ze als een groep worden beschouwd (de heer en mevrouw X., A. en B. Peters ...). Steevast geeft dit aanleiding tot betwisting.

Hebben in dergelijk geval alle legatarissen recht op een gelijk deel per hoofd of kunnen de gezamenlijk genoemden alleen maar tesamen aanspraak maken op één deel?

Ook in deze aangelegenheid is de bedoeling van de erflater op de eerste plaats doorslaggevend. Maar die is niet altijd duidelijk.

Bij gebreke aan dergelijke aanwijzing wordt de regel gehanteerd dat bij testamenten de gelijke verdeling bij hoofde de regel is. Aanspraak per staak.

is een typische techniek van het intestaat erfrecht, die moet afgewezen worden, tenzij er duidelijk aanwijzingen zijn in die zin (Antwerpen, 13 november 1985, *Rev. Not. B.*, 1987, 214; Antwerpen, 7 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, 1618; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 396, nr. 23652; Rb. Dendermonde, 10 juni 1987, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 253, nr. 23729; *R.W.*, 1988-89, 861 (onder datum van 19 juni 1987).

Het wordt meestal een feitenkwestie, waarbij rekening gehouden wordt met alle elementen eigen aan de zaak als:

— de gebruikte bewoordingen, waarbij aan grammaticale analyse wordt gedaan (Antwerpen, 13 november 1985, gecit.);
— het feit dat aan elk van deze legatarissen ook nog een bijzonder legaat was toegekend, van ongeveer dezelfde waarde (Antwerpen, 7 oktober 1986, gecit.);
— de legatarissen, die zouden bevoordeeld worden door een groepsgewijze verdeling en waaraan de erflater inderdaad zeer gehecht was, bleken reeds door andere legaten te zijn bevoordeeld, wat de erflaatster nodig vond te verrechtvaardigen (Rb. Dendermonde, 10 juni 1987, gecit.).

In de te bespreken periode was men niet te vlug overtuigd dat de erflater had willen afwijken van een gelijke verdeling per hoofd.

347. Door de legatarissen die individueel aangeduid zijn en die dus niet gebaat zijn met een gelijke verdeling, wordt wel eens bij gebreke aan duidelijke aanwijzingen in de andere zin het adagium ingeroepen „si conjuncti disjuncti commixti, conjuncti unius personae vice funguntur'', om de gezamenlijk aangeduide slechts als een persoon te laten meetellen.

De toepasselijkheid van dit adagium werd reeds door rechtspraak en rechtsleer beperkt tot het geval waarin de individueel en gezamenlijk aangeduide legatarissen tot een verschillende graad behoren (Brussel, 17 maart 1911, *J.T.*, 1911, 573; *P.P.*, 1911, 527; Dillemans, R., *Testamenten*, nr. 130).

De rechtbank van Dendermonde maakt in een omstandig gemotiveerd vonnis nog een ander voorbehoud en acht het adagium niet van toepassing zo een van de individueel aangeduide legatarissen geen intestaat erfgenaam is, omdat dit iedere mogelijkheid uitsluit dat de wettelijke erfopvolging model stond. De aanduiding met een verzamelnaam kan volgens de rechtbank verklaard worden door de vrees van de testator iemand te zullen vergeten (!).

AFDELING 5
OVERGANG VAN DE TESTAMENTAIRE NALATENSCHAP

1) Het verwerven van de eigendom

348. Gebeurt de eigendomsoverdracht naar de legataris automatisch bij het overlijden van de erflater onder voorbehoud van aanvaarding door de legataris?

De rechtsleer is verdeeld (zie voor de gelijkaardige vraag inzake de eigendomsoverdracht bij intestaat vererving het overzicht „Erfenissen'', dit tijdschrift, 987, nr. 90).

Een groot deel van de auteurs — Raucent noemt het de klassieke leer — antwoorden hierop bevestigend (Raucent, *Les successions*, 353; Planiol-Ripert, V, nr. 12 en 627; Marty en Raynaud, *Les successions et les libéralités*, nr. 572; Mazeaud, IV, nr. 1102; Sace, nr. 213).

Zowel ons Hof van Cassatie (25 januari 1949, *Pas.*, 1949, I, 73; althans inzake intestaat vererving) als het Franse cassatiehof (10 juli 1984, *D.S.*, 1985, Inf. rap., 102) zijn de mening toegedaan dat de eigendom van de goederen wordt overgedragen door de vererving zelf. Door de aanvaarding, die een afstand impliceert van het recht te verwerpen of te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving, bevestigt de legataris alleen maar deze wettelijke situatie.

Inzake de testamentaire vererving wordt als bijkomend argument verwezen naar het eenzijdig karakter van het testament en naar art. 1014 B.W. Dit artikel verleent aan de bijzondere legataris een recht op de vermaakte zaak vanaf het overlijden. Hierin wordt een regel gezien van toepassing op elke soort legaat in de mate het zuiver en onvoorwaardelijk is (Aubry-Rau, XI, § 717; Sace, nr. 213).

349. Afwijkend is de opvatting van De Page (VIII, nr. 1032; hierin gevolgd door Vastersavendts, „Rechten en plichten van de legataris'' in *De legatarissen en hun legaat*, *o.c.*, 76).

Deze gezaghebbende auteur houdt voor dat de testamentaire erfopvolging (net als de intestaat erfopvolging trouwens) slechts aan de legataris een optierecht verleent. Zolang hij zijn legaat niet aanvaard heeft, heeft de legataris alleen maar een recht op (à) eigendom en niet van (de) eigendom. Hij is zolang testamentair erfgerechtigde, geen testamentair erfgenaam.

Deze stelling wordt in de te bespreken periode gevolgd door het hof van Luik (18 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 750) maar misschien is dit wel in enige mate te verklaren door het ongewone van het geval.

In 1976 werd een testament ontdekt van een erflater die reeds in 1944 overleden was. Hij had hierin goederen vermaakt aan personen van Duitse nationaliteit. Door het bestuur van de B.T.W., de registratie en de domeinen werden deze goederen promt onder sequester geplaatst. Dit gebeurde op grond van een besluit-wet van 23 augustus 1944, die dergelijk sequester voorzag t.a.v. alle goederen die eigendom waren van Duitse rechtsonderhorigen.

Het hof van Luik beslist dat dit sequester moet opgeheven worden en wel om volgende redenen. Door een latere wet werd de toepassing van deze besluitwet beperkt in de tijd, verkrijgingen die plaatsvonden na 25 januari 1946 vielen er niet meer onder.

Het hof beweerde dat het recht van de Duitse legatarissen op de goederen van

de nalatenschap hun slechts toegevallen was op het ogenblik dat zij hun erfrechtelijke roeping hadden aanvaard. Dit gebeurde pas in 1976 dus op een ogenblik dat deze besluit-wet reeds lang niet meer van toepassing was.

Daarmee was nochtans de zaak nog niet rond.

Immers, welke stelling men ook aankleeft, algemeen wordt aangenomen (en dat doet ook het hof van Luik) dat eens de legataris het legaat aanvaard heeft, hij retroactief geacht wordt vanaf het overlijden eigenaar te zijn van de vermaakte goederen.

De Duitse legatarissen zouden dus geacht moeten worden de goederen vanaf 1944 verkregen te hebben, ogenblik waarop de besluit-wet wel nog van toepassing was.

Maar ook dat wordt door het hof van Luik spitsvondig afgewezen. Deze retroactieve verkrijging is, aldus het hof, een principe eigen aan het burgerlijk recht en slechts het gevolg van het gebruikmaken van een recht dat, buiten enig bedrog, verkregen werd na 25 januari 1976, datum waarop de uitzonderingsmaatregelen t.a.v. Duitse staatsburgers definitief vervallen zijn.

2) Bezitsrecht, inbezitstelling, afgifte

a. Legataris die ook reservatair is

350. Nu wordt vrij algemeen aanvaard dat een legataris (zelfs een legataris onder algemene of onder bijzondere titel), die tevens reservatair erfgenaam is, bezitsrecht heeft. Dit recht komt hem toe, niet als legataris maar als reservatair (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 628, nr. 125 en verwijzingen daar). Zijn hoedanigheid van reservatair verleent hem immers bezitsrecht over de ganse nalatenschap, ongeacht de roeping die hem op grond van zijn legaat toekomt (zie ook Vastersavendts, A., *o.c.*, in *De legatarissen en hun legaat*, gecit., nr. 24; Coupet, L., *J. Cl. Civ.*, art. 1004-1006, nr. 102; Lucet, F., *J. Cl. Civ.*, art. 1014-1017, nrs. 10 en 88 e.v.; *Encyclopédie Dalloz*, tw° legs, 1990, nr. 370).

Dit heeft tot logisch gevolg dat hij geen afgifte hoeft te vragen, noch van een legaat onder algemene titel, noch van een legaat onder bijzondere titel.

Het is niet meteen duidelijk waarom de rechtbank van Tongeren (11 januari 1990, *T.B.B.R.*, 1991, 399) die regel wel toepast t.a.v. een legaat onder algemene titel, maar stelt dat van een bijzonder legaat altijd afgifte moet gevraagd worden.

b. Inbezitstelling

351. Een algemeen legataris, die opkomt zonder reservatairen maar aangesteld werd bij eigenhandig testament, moet zich in het bezit van de nalatenschap laten stellen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van de plaats waar de nalatenschap is opengevallen.

De voorzitter moet nagaan of de titel van de algemene legataris voldoende betrouwbaar is om de inbezitstelling toe te laten, zonder bij deze controle te

streng te mogen zijn. Hij is immers geen rechter ten gronde (De Page, VIII, nr. 1058; Sace, nr. 241; Vastersavendts, A., *o.c.*, nr 13). Zo liet de voorzitter van de rechtbank van Verviers de inbezitstelling toe van een persoon die bij testament was aangesteld tot algemeen legataris in geval van vóóroverlijden van zijn vader. De vader was niet vóóroverleden, maar had de nalatenschap verworpen (gecit. in Rb. Verviers, 3 maart 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 22).

Wordt een legataris in bezit gesteld die achteraf niet de vereiste hoedanigheid blijkt te hebben dan vervalt de inbezitstelling (Rb. Bergen, 2 oktober 1978, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 225, nr. 22.550, noot A.C.; vgl. Rb. Bergen, 10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192).

352. Welk verhaal mogelijk is tegen deze beschikking en door wie, is een betwiste aangelegenheid (zie hierover De Page, VIII, nr. 1059; *R.P.D.B.*, tw° Donations et testaments, nr. 891 en verwijzingen daar).

Meestal wordt aangenomen dat zo de erfgenamen niet in de procedure zijn tussengekomen (wat meestal het geval is), zij tegen de beschikking derdenverzet kunnen doen (art. 1033 Ger. W.; in die zin Rb. Verviers, 3 maart 1988, gecit.; De Page, VIII, nr. 1059; Vastersavendts *o.c.*, nr. 15). Maar het moet dan wel degelijk om personen gaan die een intestaat erfaanspraak hebben t.a.v. de erflater (Rb. Verviers, 3 maart 1988, gecit.).

353. Zolang de inbezitstelling niet gebeurd is, worden de vorderingen die tot de nalatenschap behoren, uitgeoefend door de erfgenamen (Cass., 15 juni 1990, *Pas.*, 1990, I, 1165, nr. 597; *T. Not.*, 1992, 10).

Maar eens in het bezit gesteld, heeft de algemene legataris volledig bezitsrecht en kan hij de banktegoeden van de erflater opeisen zonder enig ander document dan de beschikking van inbezitstelling te moeten tonen (Rb. Namen, 20 december 1983, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 127, nr. 23308).

c. Afgifte

354. De bijzondere legataris die geen bezitsrecht heeft, kan geen vordering betreffende de gelegateerde zaak tegen derden uitoefenen zolang hij de afgifte van het legaat niet bekomen heeft (Vred. Herzele, 20 december 1989, *T. Vred.*, 1990, 409; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 631, nr. 130). Deze legaatsaflevering kan uitdrukkelijk of stilzwijgend geschieden.

De uitdrukkelijke aflevering wordt schriftelijk bewezen. Het is de gewoonte dat bij onroerende goederen de aflevering bij notariële akte gebeurt (Van Hove, E., *Vereffening en verdeling van gemeenschap en nalatenschap*, 153).

Een stilzwijgende legaatsaflevering kan worden afgeleid uit de vaststelling dat de erfgenamen of de algemene legataris zich niet verzetten tegen de inbezitneming van de gelegateerde goederen (Vred. Herzele, 20 december 1989, gecit.).

(Over de last van de kosten van de akte van legaatsaflevering, zie *Verslagen*

en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving, 1987, 136, dossier nr. 4214-4215 en 1880).

3) Vruchten

355. Een bijzonder legaat werpt slechts vruchten en interesten af voor de bijzondere legataris vanaf de vordering tot afgifte (art. 1014 B.W.; Rb. Brugge, 9 april 1979, *T.B.R.*, 1985, 20). Zo er geen erfgenamen zijn en er betwisting bestaat over de juiste interpretatie van een testament kan de vraag tot inbezitstelling, die ten onrechte werd ingediend door een legataris die achteraf slechts een bijzonder legataris bleek te zijn, gelijk gesteld worden met de vordering tot afgifte, wat het recht op de vruchten betreft (Rb. Bergen, 10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192).

356. Een legataris/reservatair heeft steeds bezitsrecht (zie hoger, nr. 350) en daarom heeft hij recht op de vruchten van zijn legaat vanaf het openvallen van de nalatenschap.

De rechtbank van Tongeren (11 januari 1990, *T.B.B.R.*, 1991, 399) kan dus niet bijgetreden worden wanneer zij weigert aan de legataris/reservatair de vruchten van een legaat onder algemene titel toe te kennen vanaf het overlijden. Reden was dat hij zijn vraag tot afgifte niet had geformuleerd binnen het jaar na het overlijden, verplichting waarvan hij nochtans door de rechtbank achteraf ontslagen werd.

4) Schulden

357. De legataris onder algemene titel is in tegenstelling tot de bijzondere legataris gehouden tot de schulden van de nalatenschap, althans in evenredigheid van zijn aandeel.

Bij de bepaling wat dit aandeel inhoudt, mag alleen rekening gehouden worden met datgene wat hem op grond van dit legaat onder algemene titel toekomt. De goederen die deze legataris eventueel ook nog bij bijzonder legaat toebedeeld kreeg, moeten hierbij buiten beschouwing gelaten worden (Brussel, 12 februari 1985, *Rev. Not. B.*,1985, 515; zie ook Delnoy, Examen, *o.c.*, nr. 48).

AFDELING 6

NIETIGHEID, HERROEPING EN VERVAL

§ 1. Herroeping door de erflater

1) Uitdrukkelijke herroeping bij testament

358. Een testament kan uitdrukkelijk herroepen worden door een ander testament of, volgens de rechtbank van Dinant (11 januari 1989, *Rev. Not. B.*, 1989, 293) — in een eerder terloopse opmerking — ook door een uitdrukkelijke daad van de erflater of een feitelijke situatie, die door hem

gecreëerd werd met de bedoeling de uitvoering van een vorig testament onmogelijk te maken. Dit is een ruimere omschrijving dan traditioneel wordt aanvaard (zie ook verder nr. 364).

359. Zo de uitdrukkelijke herroeping gebeurt bij testament is het onverschillig in welke vorm dit testament gegoten werd, maar het moet wel gaan om een testament (Rb. Antwerpen, 7 september 1989, *T. Not.*, 1990, 109).

Er wordt aangenomen dat een akte die alleen maar de herroeping van een vorig testament bevat, een rechtsgeldig testament is (zie hierover hoger nr. 260).

Zo oordeelde de rechtbank van Dinant (11 januari 1989, gecit.) dat een testament geldig herroepen was omdat de erflater er eigenhandig „annulé'' over geschreven had en deze toevoeging door hem ondertekend en gedagtekend werd.

De wil een vorig testament te herroepen moet wel duidelijk blijken. Of, zoals in het geval dat de rechtbank van Antwerpen te beoordelen kreeg (7 september 1989, gecit.), een briefje waarin gezegd wordt „mijn testament ligt bij notaris S.'' herroeping inhoudt van een ander testament dat na dat eerste werd opgesteld en in bewaring werd gegeven bij notaris D., is natuurlijk een andere vraag.

360. Een vorig testament wordt vermoed door een later herroepen te zijn, zelfs zo dit laatste geen uitvoering kan krijgen, bv. omdat de aangeduide legataris niet bestond (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 648, nr. 150). Het tegendeel kan nochtans bewezen worden.

Zo zal het vermoeden weerlegd zijn zo blijkt dat de erflater deze herroeping precies afhankelijk gemaakt heeft van de uitvoering van het latere testament.

Deze precisering werd nu ook door het Hof van Cassatie aangebracht (26 oktober 1987, *Pas.*, 1988, I, 217, nr. 113; *R.W.*, 1987-88, 1431; *R.C.J.B.*, 1992, noot Raucent), maar ze werd reeds vroeger door de lagere rechtspraak aanvaard (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 649, nr. 150).

In casu bleek de erflaatster vooral de behoeftige bejaarden van de stad Oostende te hebben willen bedenken en in de opeenvolgende testamenten werd alleen een andere wellicht meer geschikt geachte rechtspersoon aangesteld om hiervoor te zorgen. De legatarissen die in de twee laatste testamenten werden aangeduid konden nochtans het legaat niet opnemen, zodat uitwerking werd verleend aan het eerste testament, al was dit door de latere herroepen.

2) Impliciete herroeping

a. Door een later testament

361. Een later testament, dat de vroegere niet uitdrukkelijk herroept, ver-

nietigt hierin alleen de beschikkingen die met het nieuwe testament onverenigbaar zijn. Deze onverenigbaarheid kan materieel zijn, maar ook louter intentioneel.

Zij is intentioneel zo de cumulatieve uitvoering materieel mogelijk is maar tegen de wil van de erflater zou indruisen (Brussel, 30 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 168).

In principe wordt vermoed dat de verschillende bepalingen van successieve testamenten gelijktijdig uitvoering kunnen krijgen. De onverenigbaarheid is de uitzondering en moet dus terdege bewezen worden (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 636, nr. 134). Het is meestal een feitenkwestie, waarbij moet gezocht worden naar de werkelijke bedoeling van de erflater en dus eens te meer een interpretatiekwestie (zie de lijst van voorbeelden uit de rechtspraak bij De Page, VIII, nr. 1196, D, 1353, noot 2).

In de te bespreken periode bleken de rechters nogal vlug van deze onverenigbaarheid overtuigd.

362. Dit was bv. het geval voor het hof van Brussel (30 april 1987, gecit.). Een erflaatster had twee successieve testamenten gemaakt. In het eerste werden een aantal personen ,waaronder haar zuster Elvire, haar neef André en twee vreemden aangesteld tot legatarissen onder algemene titel. In het tweede, dat na het overlijden van een andere zuster (moeder van de bevoordeelde neef) werd opgesteld verklaart de erflaatster „La mort de ma soeur a modifié les affaires. Alors voici que je décide normalement qu' Elvire est mon héritière ainsi qu'André. Ceci fait partie de mes dernières volontés''.Uit deze laatste zin beweerden de twee andere legatarissen de bedoeling van de erflaatster te kunnen afleiden het tweede testament te laten aansluiten bij het eerste.

Ze werden in het ongelijk gesteld door het hof, omdat het tweede testament dan geen enkele betekenis zou hebben. Trouwens uit het tweede testament (en uit een brief van de erflaatster) bleek dat ze haar wil had gewijzigd.

Het hof vond in het gebruik van de term „normalement'' een aanduiding dat de erflaatster wilde terugkeren naar de intestaat vererving en besloot tot de intentionele onverenigbaarheid van beide testamenten.

Het hof van Rouen (31 januari 1984, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 398, nr. 23653) kwam tot een gelijkaardig besluit t.a.v. drie successieve testamenten. In de twee eerste had de erflaatster een rechtspersoon eerst als bijzonder en nadien als algemeen legataris aangeduid en ook verschillende andere bijzondere legaten vermaakt. In een derde testament stelde ze haar neef aan tot „algemeen legataris van al mijn goederen''.

Deze precisering vertolkte, volgens het hof, de wil van de erflaatster al haar goederen aan haar neef te laten toekomen en was onverenigbaar met een verdeling van diezelfde goederen onder de vorige algemene en bijzondere legatarissen.

b. Vernietiging van het testament door de testator

363. Het is duidelijk dat een testament dat door de erflater vernietigd wordt geen uitwerking meer krijgt. Betwist is de reden waarom dit het geval moet zijn: gaat het hier om een vorm van stilzwijgende herroeping niet voorzien bij wet of ligt de reden in het feit dat het instrumentum verdwenen is en het testament dus niet meer bestaat.

Het onderscheid is o.a. belangrijk (zie De Page, VIII, nr. 1198, 1366; Dillemans, nr. 243) zo het testament in verschillende exemplaren werd opgemaakt. Vernieling van één exemplaar laat nog steeds het instrumentum bestaan maar kan wel wijzen op een wil tot herroeping.

De rechtbank van Bergen (10 april 1989, *Jur. Liège*, 1990, 1192) lijkt in principe voor de eerste stelling te kiezen, in een geval waar een testament in dubbel exemplaar bleek opgemaakt te zijn. Alleen het carbondubbel werd in gesloten omslag in de bankkluis teruggevonden. Van het andere exemplaar was geen spoor. De rechtbank was van oordeel dat nergens uit het dossier bleek dat het eerste exemplaar door de erflaatster vernietigd werd; trouwens, aldus de rechtbank, zo de erflaatster inderdaad haar testament had willen herroepen, zou zij ook het minitieus bewaarde dubbel hebben vernietigd (vgl. Cass. Fr., 5 mei 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14.311, noot Savatier).

c. Zijn er nog andere vormen van stilzwijgende herroeping niet voorzien bij wet?

364. Traditioneel en terecht wordt voorgehouden dat de gevallen van stilzwijgende herroeping limitatief moeten geïnterpreteerd worden (De Page, VIII, nr. II94). Het testament is immers een vormelijke akte en ook de uitdrukkelijke herroeping is aan formele vereisten onderworpen (zie nochtans de uiteenzetting van Montredon, *o.c.*, nrs. 469 e.v.).

Hierop wordt één onvermijdelijke uitzondering aanvaard, de vernietiging van het testament door de erflater. Maar zoals daarnet werd aangetoond, wordt betwist of het hier wel om een vorm van herroeping gaat.

Wel zijn andere gevallen denkbaar die laten vermoeden dat de erflater impliciet op zijn testament is teruggekomen. De rechtspraak van deze periode suggereert hiervan een voorbeeld.

Soms omschrijft de erflater het voorwerp van zijn legaat via een verwijzing naar de plaats waar de goederen zich bevinden, als bv. „de waardepapieren die zich in mijn huis bevinden", „de inhoud van mijn bankkluis in bank N."...

Maar wat zo deze goederen zich bij het overlijden van de erflater niet meer op de aangegeven plaats bevinden?

Kan het feit dat de erflater de goederen verplaatst heeft geïnterpreteerd worden als een vorm van stilzwijgende herroeping van het legaat? De rechtbank van Luik (9 februari 1987, niet gepubl., en het hof van Luik, 26

juni 1987, niet gepubl.; beiden uitvoerig besproken door Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 349 en in zijn *Chronique*, 308) lijken dit impliciet te aanvaarden.

Een bejaarde erflaatster had de inhoud van haar bankkluis vermaakt. Bij haar overlijden bleek deze leeg te zijn. Het stond vast dat in deze bankkluis een aanzienlijk pakket aandelen aan toonder zat, op het ogenblik dat ze haar testament schreef. Het bleek dat de erflaatster deze achteraf in bewaring gegeven had bij diezelfde bank, omdat ze zich op die manier niet langer moest verplaatsen voor het innen van de coupons. Dit was de reden waarom ze de aandelen uit de kluis verwijderd had, ze had dus niet gehandeld met — wat de Luikse rechters noemen — een „animus revocandi'' (vgl. Brussel, 22 maart 1922, *Rev. N. B.*, 1923, 254).

Een gelijkaardig probleem werd voorgelegd aan het Comité van Studie en Wetgeving van de Federatie van Belgische Notarissen (Dossier 6204).

Hier ging het om een legaat van een huis met alle roerende goederen, inclusief de waardepapieren, die er zich in bevonden. Bij het overlijden van de erflaatster bleek een pak effecten, waarvan vaststond dat ze zich in het huis bevonden hadden, in bewaring gegeven te zijn bij een bank. Dit gebeurde uit veiligheidsoverwegingen door een derde, nadat de demente erflaatster in een instelling was opgenomen en dus buiten haar medeweten.

Ook hier was het besluit dat men dit niet kon zien als een vorm van herroeping. Anders aannemen zou trouwens neerkomen op een herroeping door een derde en indruisen tegen het essentieel persoonlijk karakter van het testament.

365. Gaat het hier inderdaad om een nieuwe vorm van stilzwijgende herroeping, gebaseerd op — wat de rechtbank van Dinant noemt — een uitdrukkelijke daad van de erflater, die door hem gecreëerd werd met de bedoeling de uitvoering van een vorig testament onmogelijk te maken (zie hoger nr. 358). Niet onbelangrijk is dat in beide gevallen besloten werd tot de geldigheid van het legaat en dus niet expliciet erkend werd dat hier plaats was voor een bijkomende grond van stilzwijgende herroeping.

Was de omschrijving van de goederen door verwijzing naar hun locatie trouwens niet een middel om ze te identificeren, zonder dat er een punt van gemaakt werd dat die goederen zich op het moment van het overlijden nog op de aangegeven plaats zouden moeten bevinden.

Een erflater die dergelijk legaat wil herroepen zal dit m.i. ofwel uitdrukkelijk doen, ofwel op de traditionele impliciete wijzen, vermaking (art. 1036 B.W.) of vervreemding (art. 1038 B.W.) aan iemand anders, eerder dan door verplaatsing naar een andere locatie.

Ik heb er enige moeite mee deze verplaatsing te assimileren met dergelijke vervreemding of eventueel zelfs met het verlies van de vermaakte zaak (art. 1042 B.W.). Het lijkt mij eerder een interpretatiekwestie (vgl. Brussel, 22 maart 1922, gecit.).

§ 2. Gerechtelijke herroeping

1) Herroeping wegens niet vervulling van de lasten

366. Legaten (art. 1046 B.W.) zijn evenals schenkingen (art. 953 B.W.) herroepbaar wegens niet-vervulling van de voorwaarden (zie ook hoger nrs. 232 e.v.).

In feite gaat het ook hier in de meeste gevallen om een herroeping wegens niet vervulling van de lasten d.w.z. van prestaties die aan de legataris werden opgelegd.

In tegenstelling tot de schenking kan, althans op het eerste gezicht bij een legaat, de eenzijdige rechtshandeling bij uitstek, moeilijk verwezen worden naar art. 1184 B.W. bij gebreke aan wederkerige contractuele verbintenis.

Maar bij een legaat met last is wel een engagement van de legataris aanwezig. Door de aanvaarding van het legaat na het overlijden van de erflater, verbindt de legataris er zich toe de lasten die aan het legaat verbonden zijn uit te voeren.

Hij wordt zodoende schuldenaar van de last en moet dus het bewijs leveren dat hij zich van zijn schuld gekweten heeft (Bergen, 19 maart 1986, *Rev. Not. B.*, 1986, 598, noot R. De Valkeneer, „La révocation des legs pour inexécution des charges'').

367. De herroeping moet in principe door de rechter uitgesproken worden.

De vordering kan alleen ingesteld worden door diegene aan wie het belaste legaat in geval van herroeping zou toevallen. Dat zullen meestal de intestaat erfgenamen zijn, tenzij andere testamentaire beschikkingen getroffen werden.

De beneficiaris van de last beschikt alleen over een vordering tot uitvoering van de last. Deze beneficiaris moet dan wel voldoende precies in het testament aangeduid zijn om deze vordering te kunnen instellen. Dit is niet altijd het geval.

368. Toch kan het instellen van de vordering tot herroeping van het legaat soms leiden tot de uitvoering van de last.

In navolging van vroegere rechtspraak (vooral inzake herroeping van schenkingen, zie hoger nr. 235) was het hof van Bergen (19 maart 1986, gecit.) van oordeel dat, overeenkomstig art. 1184 B.W., het aan de rechter toekomt de ernst van het verzuim te beoordelen. Hij kan dan eventueel aan de schuldenaar een termijn toekennen binnen dewelke hij vooralsnog de last mag uitvoeren. De sanctie van de herroeping wordt op die manier vermeden.

Deze oplossing biedt het voordeel beter de wil van de erflater te eerbiedigen.

Anderzijds heeft het geen belang dat de legataris geen fout treft bij het niet uitvoeren van de last. Zo belet het feit dat de bedongen last op grond van art. 900 B.W. voor niet geschreven moet beschouwd worden, niet dat het

legaat kan herroepen worden wegens niet vervulling van de last (Rb. Leuven, 4 december 1987, *Pas.*, 1988, III, 21; zie ook hoger nr. 105).

369. Zo aan een legaat eeuwigdurende lasten verbonden zijn, kan de vordering tot gerechtelijke herroeping tientallen jaren na het overlijden van de erflater nog steeds worden ingesteld. Eventueel verre nazaten kunnen er zich over beklagen dat de legataris (bv. een rechtspersoon) nalatig is in het nakomen van de last (in Cass. Fr., 19 december 1984; zie hoger nr. 235) ging het om een schenking die dateerde van 1921).

Het kan nochtans zijn dat verder uitvoeren van de last gezien de gewijzigde omstandigheden veel te onereus geworden is, of zeer moeilijk werd, of dat het onverantwoord voorkomt de gelden exclusief te moeten besteden aan een doel dat voorbijgestreefd is.

Traditioneel wordt bij ons nochtans voorgehouden dat de wil van de erflater, ook na al die jaren, strikt moet nageleefd worden op straf van herroeping. De rechter kan hoogstens beslissen dat het uitvoeren van de lasten niet zo belangrijk was en dat het verzuim dus niet met herroeping moet gesanctioneerd worden. Maar het is de rechter niet toegelaten de lasten aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden.

In een economische benadering van deze problematiek (een van de weinige domeinen van het familiaal vermogensrecht dat aanleiding geeft tot commentaar van de beoefenaars van recht en economie) werd aangetoond dat dergelijke rigiede houding tot gevolg kan hebben dat niet alleen de werkelijke wil van de erflater onrecht wordt gedaan (de goederen komen terug naar personen aan wie hij die niet wilde geven) maar bovendien de vermaakte gelden op een onefficiënte wijze worden aangewend (Posner, R.A., Economic analysis of law, § 18.2).

De Franse rechtspraak daarentegen verleent aan de feitenrechter een zeer grote beoordelingsbevoegdheid. Meer bepaald mag hij nagaan of de eventueel gewijzigde manier waarop de begiftigde een last uitvoert, die in zijn oorspronkelijke vorm zeer zwaar werd of zelfs onmogelijk gezien de gewijzigde omstandigheden, verzoenbaar is met de wil van de erflater. Op die manier kan herroeping vermeden worden (Cass. Fr., 27 januari 1981, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1981, 891; zie Sace, nr. 367, en verwijzingen daar).

Ook in Nederland kan de rechter in geval van gewijzigde omstandigheden na het overlijden tussenkomen, althans bij legaten met last. Deze mogelijkheid was reeds voorzien in de Museumwet van 1925 en wordt in het nieuwe B.W. uitgebreid tot alle legaten (art. 4.4.3.3. en 4.4.2.5a; H.R., 24 februari 1989, *N.J.*, 1990, 25; zie ook o.a. Roes, J.B.M., „De actie tot nakoming van een last en de actie tot vervallenverklaring van de betrokkene making bij niet nakoming van de last'', *W.P.N.R.*, 1972, 449, nr. 5192; Lubbers, A.G., „De culturele beschikking'' in *Plus est en vous*, Feestbundel voor Pitlo, 1970, (347-356). In de rechtsleer wordt er op aangedrongen dit uit te breiden tot

schenkingen met last (Van der Burg, V.A.M., „Herziening, gehele of gedeeltelijke opheffing (in het algemeen belang) van bij schenking opgelegde verplichtingen'', *W.P.N.R.*, 1976, 85, nr. 5336 en „Bevrijding van knellende banden van een aanvaarde schenking'', *T. v. Openb. Best.*, 1988, nr. 5).

2) Onwaardigheid

a. Algemeen

370. Zoals schenkingen zijn legaten herroepbaar wegens ondankbaarheid (zie hoger nrs. 239 e.v.). De rechtsleer spreekt bij voorkeur van onwaardigheid (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 642, nr. 142 en Sace, 301), wat nochtans niet impliceert dat het hier om onwaardigheid zou gaan in de zin van art. 727 B.W. Dat artikel heeft enkel betrekking op de erfrechtelijke roeping (Piret en Pirson, „Examen de jurisprudence (1952-55)'', *R.C.J.B.*, 1956, (115-147), 142; Puelinckx-Coene, *Erfrecht*, nr. 43).

Dit betekent dus dat deze onwaardigheid niet van rechtswege wordt opgelopen, vergiffenis mogelijk is en de vruchten niet vanaf het openvallen van de nalatenschap zullen moeten teruggegeven worden (Piret en Pirson, *o.c.*, 141; Raucent, 219).

b. Verjaringstermijn

371. Welke laakbare gedragingen van de legataris onwaardigheid meebrengen, wordt bepaald in art. 1046 B.W., dat verwijst naar de twee eerste gronden van art. 955 B.W.

Maar er wordt niet expliciet verwezen naar art. 957 B.W. Dit artikel voorziet voor de vordering in gerechtelijke herroeping van schenkingen wegens ondankbaarheid een korte verjaringstermijn van één jaar. De wetgever gaat er immers van uit dat zo de schenker gedurende één jaar niet gereageerd heeft, men mag vermoeden dat hij de begiftigde zijn laakbaar gedrag vergeven heeft.

Geldt deze korte verjaringstermijn — in feite gaat het om een vervaltermijn (Gent, 18 oktober 1985, *Pas.*, 1986, II, 2; *T. Not.*, 1986, 172) — ook voor vorderingen in gerechtelijke herroeping van legaten op grond van onwaardigheid? Deze vordering wordt bij hypothese niet door de erflater maar door zijn erfgenamen ingesteld.

372. Door zeer oude rechtsleer (Troplong, *Des donations entre-vifs et des testaments*, nr. 2204; Aubry-Rau, 5de uitg., § 727, 564; zie ook Kluyskens, III, nr. 269) werd een onderscheid gemaakt naargelang de grond die aanleiding gaf tot onwaardigheid (zie hierover Piret en Pirson, *o.c.*, 143).

Alleen wanneer de legataris zich schuldig had gemaakt aan mishandelingen, misdrijven of grove beledigingen zou deze korte termijn gelden.

Steun werd gezocht in de voorbereidende werken. Tijdens de bespreking in

de Conseil d'état werd op voorstel van Treilhard het eerste deel van het ontwerpartikel 123 weggelaten, dat juist dergelijke korte verjaringstermijn voorzag bij een aanslag op het leven van de erflater.

De meeste van deze oude auteurs hielden dan voor dat bij een aanslag op het leven de verjaringstermijn dezelfde moest zijn als deze van de strafvordering.

Kluyskens (III, nr. 269; zie ook Lyon, 11 juni 1951, *D.P.*, 1952, met goedkeurende noot Gervésie et Chavrier; Savatier, *Cours de droit civil*, 1945, dl. III, 1098) daarentegen pleitte voor de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van dertig jaar. Uit diezelfde bespreking in de Conseil d'état bleek immers dat Tronchet na Treilhards tussenkomst had voorgesteld eenzelfde verjaringstermijn te voorzien als voor de strafvordering. Op dit voorstel werd niet ingegaan (Locré, V, nr. 13 e.v.). Bovendien, stelde deze auteur, bestaat er geen enkel verband tussen beide vorderingen. De erfgenamen zoeken hier niet herstel van het kwaad dat aan de erflater werd aangedaan, ze willen alleen vrijgesteld worden van een verplichting waartoe ze als erfgenaam gehouden zijn. Bij gebreke aan afwijkende tekst is dus de gemeenrechtelijke verjaring van toepassing.

373. Het merendeel van de moderne rechtsleer (De Page, VIII, 1392, nr. 1223, B; Dillemans, *o.c.*, 475; Raucent, 219; Van Lint, R., noot onder Rb. Antwerpen, 19 maart 1948, *J.T.*, 1948, 510; Planiol-Ripert, V, nr. 724; Colin-Capitant, III, nr. 1913, en ook Laurent, XIV, nr. 268; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 643, nr. 143) meent nochtans dat in de beide gevallen waarnaar in art. 1046 B.W. verwezen wordt, de korte vervaltermijn voorzien in art. 957 B.W. van toepassing is. Argumenten zijn dat de verwijzing naar art. 955 B.W., waarin de gronden van ondankbaarheid worden opgesomd, een impliciete verwijzing inhoudt naar art. 957 B.W.; er is bovendien de analogie met art. 1047 B.W. dat een specifieke grond van gerechtelijke herroeping wegens ondankbaarheid voor legaten voorziet. Voor deze vordering geldt eveneens de korte termijn van één jaar.

Het gezag wordt ingeroepen van het Hof van Cassatie dat in een arrest van 12 december 1889 (*Pas.*, 1890, I, 33; zie ook Luik, 18 november 1948, *Pas.*, 1949, II, 22; Brussel, 9 juni 1971, *Pas.*, 1971, II, 305; *Rev. N. B.*, 1974, 326; *T. Not.*, 1972, 203) deze stelling bevestigde.

In dat cassatiearrest wordt inderdaad gesteld dat door op uiterste wilsbeschikkingen dezelfde gronden van ondankbaarheid toepasselijk te verklaren als voor schenkingen, de wetgever zijn wil te kennen gegeven heeft de beide gevallen van herroeping te willen assimileren. Bovendien wordt gesteld dat dit verval berust op een vermoeden van vergiffenis van de beschikker en het niet denkbaar is dat de wetgever, die dit vermoeden aanvaardt in hoofde van de schenker die een jaar stilzit, een langere termijn zou voorzien hebben voor de erflater die zijn testament ad nutum kan herroepen. De Page (*l.c.*) zegt dat het hof op die manier de betwisting definitief beslecht heeft.

Maar dat blijkt een voorbarige uitlating want in de te bespreken periode wordt de oude stelling — en meer bepaald de opvatting van Kluyskens — opnieuw aanvaard in een uitvoerig gemotiveerd arrest van het hof van beroep van Gent (18 oktober 1985, *Pas.*, 1986, II, 2; *T. Not.*, 1986, 172).

In casu had een vrouw de dood veroorzaakt van haar echtgenoot, die haar tot algemeen legataris had aangesteld. Ze werd strafrechtelijk veroordeeld wegens opzettelijke slagen en verwondingen, die zonder het oogmerk te doden, toch de dood hadden veroorzaakt. Na haar vrijlating enkele jaren na de dood van haar man had de vrouw aan diens erfgenamen afgifte van haar algemeen legaat gevraagd. Deze hadden hierop haar ondankbaarheid ingeroepen maar dus niet binnen de termijn voorzien bij art. 957 B.W.

Ze werden door de rechter in eerste aanleg afgewezen, niet door het hof van Gent. Dit wijst er op dat het cassatiearrest van 1889 een geval betrof waar de erfgenamen de herroeping vorderden wegens onwaardigheid op grond van beledigingen door de legataris nog tijdens het leven van de erflater.

In het cassatiearrest wordt, aldus het hof, bovendien ook gewag gemaakt van de discussie in de Conseil d'état en opgemerkt dat deze het geval betrof van onwaardigheid ten gevolge van een aanslag op het leven.

Hierin vindt het hof van Gent argumenten om te beweren dat de uitspraak van het Hof van Cassatie over de korte verjaringstermijn alleen geldt voor het geval de onwaardige legataris zich schuldig gemaakt heeft aan mishandelingen, misdrijven en beledigingen en dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 1889 het oude onderscheid bekrachtigd heeft.

Het hof van Gent besluit, in navolging van Kluyskens, dat in geval van aanslag op het leven van de erflater door de legataris de vervaltermijn van één jaar niet van toepassing is, zeker wanneer die aanslag de dood van de erflater tot gevolg had. In dat geval kan er alleszins geen sprake zijn van een vermoeden dat de erflater, die de aanslag niet overleefde, vergiffenis had geschonken aan wie hem had gedood.

Het hof voegt er aan toe dat het bezwaar van de lange onzekerheid over het lot van de nalatenschap, die daar het gevolg van is, niet doorslaggevend is vermits hetzelfde kan gezegd worden van tal van andere situaties waar de dertigjarige verjaring algemeen wordt aangenomen. Dit bezwaar kan trouwens vaak ondervangen worden door het thans (volgens dit hof) ingeburgerd begrip van de rechtsverwerking. In casu kan daar nochtans geen sprake van zijn omdat de erfgenamen onmiddellijk gereageerd hadden op de eis van afgifte van de legataris.

374. Al komt de uitspraak van het hof van Gent rechtvaardig over, toch kan men zich afvragen of dergelijke verschillende oplossing verantwoord is nu in de wet zelf geen onderscheid gemaakt wordt naargelang de grond waarop de ondankbaarheid wordt ingeroepen.

Zo art. 1046 B.W. niet verwijst naar art. 957 B.W. is er ook in het geval de legataris zich schuldig maakte aan mishandelingen, misdrijven of grove beledigingen, geen expliciete wettekst die toelaat af te wijken van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn.

Komt daarbij dat de hele motivering is opgebouwd rond het onderscheid tussen beide gronden van onwaardigheid. Maar het is precies niet duidelijk of de legataris inderdaad een aanslag op het leven van haar man, in de zin van art. 955 B.W., had gepleegd. Ging het hier niet eerder om mishandelingen, misdrijf en grove belediging, zodat zelfs in de opvatting van Kluyskens de korte vervaltermijn van één jaar van toepassing was? De rechtsleer (De Page, VIII, nr. 659; Aubry et Rau, XI, § 708, 371; Planiol et Ripert, V, 503; Galopin, *Donations et testaments*, nr. 186; Sace, nr. 370) eist traditioneel dat er oogmerk tot doden moet zijn, wil men van een aanslag op het leven en niet van mishandelingen kunnen spreken.

Maar dit wordt dan weer door het hof van Gent op volgende originele manier weerlegd: „het begrip aanslag is voor interpretatie vatbaar en kan zowel slaan op een vrijwillige poging om iemand te doden en dan slaat het op het voornemen, als betrekking hebben op het dodelijk resultaat van de aanranding".

Ware het niet eenvoudiger geweest voor de erfgenamen in te roepen dat hoe dan ook deze korte verjaringstermijn niet gold omdat de onwaardigheid als exceptie werd ingeroepen? Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum!

Wellicht niet. Over het algemeen wordt de geldigheid van dit adagium in casu verworpen, omdat het hier om geen verjaringstermijn maar om een vervaltermijn gaat (zie hierover Sace, nr. 373).

§ 3. Verval van legaten

375. Zie hierover hoger nrs. 83 e. v.

AFDELING 7
DE TESTAMENTUITVOERDER

1) Bevoegdheden

376. Ook in deze periode zijn er weinig uitspraken te vermelden met betrekking tot dit onderwerp (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 651), alhoewel het in de practijk niet ongebruikelijk schijnt te zijn een testamentuitvoerder aan te stellen.

De bevoegdeheden van de testamentuitvoerder zijn, zoals bekend, door de Code Napoléon ten zeerste beperkt. Hij is niet de vereffenaar van de nalatenschap (Vred. Hamme, 5 september 1989, *T. Vred.*, 1991, 47), dat zijn de erfgenamen of eventueel de algemene legataris, die automatisch bij het overlijden eigenaars worden van de nalatenschap, zowel van het actief als

van het passief. Wij kennen immers een systeem van bruto-vererving (Dillemans, *Testamenten*, nr. 168; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 651, nr. 153).

De taak van de testamentuitvoerder bestaat er in ervoor te zorgen dat de uiterste wil van de overledene ten uitvoer gebracht wordt.

Volgens het grootste deel van de rechtsleer (Dillemans, nr. 187 E, en verwijzingen daar) is hij wel bevoegd schuldvorderingen te innen, althans zo hij bezitsrecht heeft. Dit recht kan nochtans alleen slaan op schuldvorderingen ontstaan vóór het overlijden. De testamentuitvoerder is dus niet bevoegd een vordering in te stellen tot betaling van achterstallige huurgelden, die na het overlijden vervallen zijn (Vred. Hamme, 5 september 1989, gecit.).

Dezelfde vrederechter was terecht van oordeel dat de testamentuitvoerder al evenmin een vordering kan instellen tot ontbinding van een huurovereenkomst betreffende een goed dat deel uitmaakt van de nalatenschap. Het leek mij daarbij irrelevant dat de tekortkomingen van de huurder waarop de vordering zich steunde, dateerden van na het overlijden.

377. Over de rol van de testamentuitvoerder bij stichtingen, zie verder nr. 477.

2) Afzetting van de testamentuitvoerder

378. Kan de testamentuitvoerder afgezet worden? Deze mogelijkheid is niet in het wetboek voorzien. Toch lijkt de rechtsleer wel geneigd de mogelijkheid van een gerechtelijke afzetting te aanvaarden (Dillemans, *o.c.*, nr. 192). Op welke grond is niet meteen duidelijk. Nogal eens wordt aangenomen (Simon, J., *L'exécuteur testamentaire. Exposé critique de la doctrine et de la jurisprudence belges et françaises*, Brussel, 1917, nr. 189; Van Ortroy, A., *Manuel de l'exécuteur testamentaire*, Brussel, 1934, nr. 154; contra: Laurent, XIV, nr. 383) dat dit kan bij onbekwaamheid in het beheer en bij ontrouw, naar analogie met art. 444 B.W. inzake ontzetting uit de voogdij. In elk geval dient herroeping van de opdracht door de erfgenamen uitgesloten te worden, want de erflater heeft meestal precies uit een zekere ongerustheid of zelfs uit wantrouwen tegen de erfgenamen een testamentuitvoerder aangesteld (De Page, VIII/2, nr. 1391).

379. Een gelijkaardig wantrouwen tegenover zijn kinderen had een erflater er toe aangezet lang voor zijn dood een testament te maken, waarin hij hen waarschuwde dat ze Mevr. X., zijn gezellin, niet mochten verhinderen hem te verzorgen wanneer hij ziek werd, ze dienden haar trouwens te behandelen alsof ze zijn echtgenote was. Als een soort strafbeding (maar eigenlijk als voorwaarde) had hij er aan toegevoegd dat zo zijn kinderen deze wilsbeschikking niet zouden opvolgen, hij Mevr. X. aanstelde tot algemene legataris. Hij was blijkbaar overtuigd dat er moeilijkheden na zijn overlijden

te vrezen waren. Hij had dan ook als een ruggesteuntje voor zijn gezellin een testamentuitvoerder aangesteld en hem bovendien de zorg toevertrouwd uit te maken of zijn kinderen zich gedragen hadden zoals hij hun gevraagd had.

Nu was de echtgenote van deze testamentuitvoerder korte tijd voor het overlijden van de erflater, maar lang na de redactie van het testament, door Mevr. X. geadopteerd. Toen de testamentuitvoerder beweerde dat Mevr. X. van oordeel was dat er alle redenen waren om haar als algemeen legataris te erkennen, vroegen zij bij hoogdringendheid de afzetting van de testamentuitvoerder omwille van belangenconflict. Zij vreesden dat hij er zich niet zou toe beperken eerlijk te waken over de uitvoering van het testament maar dat hij op de eerste plaats de belangen zou verdedigen van zijn adoptief-schoonmoeder. Zijn vrouw was immers door de adoptie haar reservataire erfgenaam geworden.

De rechtbank van Bergen (11 januari 1991, *J.T.*, 1991, 258) ging in een uitspraak in kortgeding voorlopig in op hun verzoek. Zij preciseerde dat nu rechtspraak terzake quasi onbestaande is en ook in de rechtsleer geen duidelijke criteria te vinden zijn, zij bij haar beslissing alleen rekening gehouden had met de nadelige gevolgen die uit haar uitspraak in kortgeding voor beide partijen zouden kunnen voortvloeien (maar wat met de belangen van de legataris?).

Over de juistheid van deze — zelfs voorlopige — beslissing kan men zich heel wat vragen stellen en spijtig genoeg is niet bekend wat de rechter ten gronde beslist heeft. Was hier immers reden tot afzetting van de testamentuitvoerder en dienden de reservatairen inderdaad beducht te zijn dat hij hun rechten geweld zou kunnen aandoen?

Wat de erfgenamen waarschijnlijk meest dwars zat, was dat de erflater het wat ongelukkige idee gehad had, de testamentuitvoerder ogenschijnlijk de bevoegdheid te geven uit te maken of Mevr. X. al dan niet als algemene legataris kon erkend worden. Maar dergelijke bevoegdheid kon de erflater hem niet toekennen. Of de voorwaarden waaronder de erflater zijn gezellin tot algemeen legataris had aangesteld, inderdaad vervuld waren, kon niet door een testamentuitvoerder beslecht worden, maar alleen door de rechtbank.

Zij moesten ook niet vrezen dat de testamentuitvoerder afgifte zou doen van dit betwiste algemeen legaat. Deze afgifte moet immers aan hen als reservataire erfgenamen gevraagd worden (Van Ortroy, *o.c.*, nr. 131) en zij kunnen ter dier gelegenheid de excepties inroepen die de grond van de zaak betreffen, als betwisten dat de voorwaarde waaronder het algemeen legaat vermaakt is, vervuld werd (zie Dillemans, *o.c.*, 364).

De testamentuitvoerder met bezitsrecht kan hoogstens legaten die roerende goederen tot voorwerp hebben uitkeren, maar dan nog mits akkoord van de erfgenamen (Dillemans, ibidem) en zo deze zich hiertegen verzetten moet hij

het geschil aanhangig maken bij de rechtbank (De Page, VIII/2, nr. 1364; Simon, *o.c.*, nr. 148).

In antwoord op de vraag of de erflater de bevoegdheid van de testamentuitvoerder kan uitbreiden, schrijft Dillemans (nr. 188): „De grenzen van de instelling en de bevoegdheden van de testamentuitvoerder zijn de rechten van de erfgenamen, maar dan die rechten welke aan de status van de erfgenaam zelf verbonden zijn''.

Ook in de analogie met de voogdij kan geen afdoend argument gevonden worden om de testamenuitvoerder af te zetten. Inderdaad bij belangenconflict tussen voogd en pupil wordt een voogd ad hoc benoemd en kan dus de voogd zijn functie t.a.v. die rechtshandelingen niet langer vervullen. Maar niet alleen kan de rechtbank geen andere testamentuitvoerder aanstellen (Aix, 2 oktober 1973, *D.S.*, 1975, J. 745, noot Bihr; De Page, VIII/2, nr. 1392) maar bovendien werd de testamentuitvoerer niet aangesteld om de belangen van de erfgenamen te behartigen, wat wel het geval is met de voogd t.a.v. zijn pupil. In tegendeel hij wordt, zoals gezegd, uit argwaan tegen hen aangesteld.

Meer nog, algemeen wordt aangenomen dat niets er zich tegen verzet dat de algemene legataris zelf tot testamentuitvoerder wordt aangesteld (zie bv. Brussel, 20 mei 1983, *Rev. Not. B.*, 1988, 161; De Page VIII/2, nr. 1339), waaruit ten overvloede blijkt dat hij niet op straf van afzetting een neutrale onpartijdige derde moet zijn!

Deze tijdelijke ontzetting kwam dus eigenlijk neer op een (tijdelijke) herroeping van zijn mandaat door de erfgenamen, wat algemeen als onmogelijk wordt geacht.

HOOFDSTUK IV

HET VOOBEHOUDEN DEEL

INLEIDING

380. Het belangrijkste feit van deze periode inzake reserverecht is ongetwijfeld de promotie door de wet van 31 maart 1987 van de buitenhuwelijkse verwanten in de rechte lijn tot reservatair erfgenaam.

Zij verkregen een reservataire aanspraak die totaal evenwaardig is met deze van de huwelijkse verwanten van dezelfde graad en orde (tenzij, in sommige gevallen zo het om een in overspel verwekt kind gaat (art. 837 B.W.).

Bovendien werd door deze wet een nieuwe grond tot onterving van de weduwe ingevoerd, althans wat haar abstracte reserve betreft (zie verder nr. 407).

Opvallend is ook het aantal interessante arresten, ook van het Hof van Cassatie in een aangelegenheid waar de rechtspraak traditioneel eerder schaars is.

AFDELING 1

ALGEMEEN

§ 1. Wie zijn de reservataire erfgenamen

381. Reservataire erfgenamen zijn, naast de langstlevende echtgenote, sinds 1981, de erfgerechtigden in de rechte lijn. Voorwaarde is wel dat hun verwantschap met de erflater juridisch vaststaat. Niet nodig is dat er ook een biologische band met de erflater bestaat.

Het Hof van Cassatie (27 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 1010, nr. 494; *Pas.*, 1989, 911, nr. 494; *R.W.*, 1989-90, 257) was van oordeel dat de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M., volgens welke een ieder recht heeft op de eerbiediging van het gezinsleven en waarbij het genot van dat recht verzekerd is zonder onderscheid op grond van geboorte, niet verbieden dat de rechter op grond van art. 913 B.W. de reservataire aanspraken erkent van kinderen in de nalatenschap van de echtgenoot van hun moeder.

In casu waren deze drie kinderen geboren toen de vrouw nog wel met die man gehuwd was maar in concubinaat leefde met een andere man, die deze kinderen geadopteerd had. De echtgenoot, alhoewel hij niet hun biologische vader was, werd vermoed de juridische vader van die kinderen te zijn, hij had immers nooit zijn vaderschap ontkend.

Deze reservataire aanspraken werden aangevochten door de vrouw met wie die echtgenoot later was gaan samenwonen en door de kinderen die uit die verhouding geboren waren. De man had die kinderen, die dus wel zijn biologische kinderen waren, niet erkend zodat hun afstamming niet juridisch vaststond en zij dus ook geen reservataire aanspraken in zijn nalatenschap konden laten gelden. Hij had ze wel bij testament aangesteld tot algemeen legataris, samen met hun moeder, maar die aanspraken werden door aanwezigheid van drie reservatairen herleid tot een vierde van de nalatenschap!

§ 2. Samenstelling van de fictieve massa

1) Algemeen

382. Om uit te maken hoe groot beschikbaar deel en reserve zijn moet het vermogen van de overledene fictief opnieuw worden samengesteld in de staat waarin het zich zou bevonden hebben, zo de overledene nooit schenkingen had gedaan. Daarom worden bij de bestaande goederen, na aftrok van de eventuele schulden, fictief alle schenkingen gevoegd die de erflater ooit gedaan heeft (Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134; *J.T.*, 1987, 381, *T.B.B.R.*, 1988, 396, hierna geciteerd als het Solvay-arrest).

383. Tot de bestaande goederen behoren ook de goederen die de erflater op het ogenblik van het overlijden slechts in blote eigendom bezit. Dit is ook zo voor de berekening van de reserve van de langstlevende, die alleen in

vruchtgebruik bestaat (Bergen, 12 september 1984, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1986, 62, nr. 23284; *Rev. Not. B.*, 1985, 308, noot J.S.). T.a.v. die goederen zal het reserverecht van de langstlevende slechts eventueel zijn. Het zal afhangen van het feit of de vruchtgebruiker van die goederen vóór de langstlevende overlijdt of deze hierop ooit effectief haar reserve in vruchtgebruik zal kunnen laten gelden.

384. Of er schenkingen tijdens het leven gebeurd zijn, mag door de reservatairen met alle middelen van recht bewezen worden, vermoedens inbegrepen (Bergen, 10 januari 1984, *Pas.*, 1984, 89; *Rev. Not. B.*, 1984, 284; *Rev. R. D.*, 1984, 271). Zij treden hier immers op uit eigen hoofde en niet als rechtsopvolgers van de schenker (Brussel, 27 mei 1986, gecit.).

2) Welke schenkingen

385. Alleen echte schenkingen moeten bij de fictieve massa gevoegd worden. Gewone kosten van uitrusting, kosten van bruiloft en gelegenheidsgeschenken, zoals bedoeld in art. 852 B.W. komen hier niet meer ter sprake. Gezien de oorzaak of de natuur van deze uitgaven, moet men aannemen dat hier eerder uit sociale verplichting dan animo donandi gehandeld werd (Brussel, 27 mei 1986, gecit.; Delnoy, P., „L'arrêt Solvay ou quelques interrogations sur la technique de la réserve héréditaire'', *T.B.B.R.*, 1988, (351- 363), 354; vgl. Rb. Luik, 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 149; zie reeds Cass., 27 februari 1902, *Pas.*, 1902, I, 168 met advies advocaat-generaal Janssens; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1902, nr. 13646).

386. In deze periode kwam hierbij opnieuw ter sprake of rekening moet gehouden worden met schenkingen van vruchten en interesten. Aanleiding was het Solvay-arrest, waarin beslist werd dat met een vrijstelling van een schuldvordering wegens huurgelden en vruchtgebruik geen rekening moest gehouden worden bij de samenstelling van de fictieve massa. Dit hof riep hiertoe het gezag in van het Hof van Cassatie (27 februari 1902, gecit.).

In dit cassatie-arrest was nochtans niet de samenstelling van de fictieve massa aan de orde maar wel de vraag of schenkingen gefinancierd met inkomsten en interesten aan inbreng onderworpen zijn. Het hof stelde er bovendien duidelijk dat de oorsprong van de gelden (uit inkomsten of uit kapitaaal) niet van aard is de algemene regels inzake schenkingen te beïnvloeden. Hooguit kan uit dit arrest — en dan alleen bij analogie — worden afgeleid dat bij de samenstelling van de fictieve massa geen rekening moet gehouden worden met schenkingen van zaken die gezien hun aard bestemd zijn om verbruikt te worden voor de dagdagelijkse noden, wat zowel door de schenker als door de begiftigfde in die zin moet begrepen zijn. Men denkt dan op de eerste plaats aan een rente of aan gelden voor levensonderhoud (zie de omstandige bespreking en preciseringen door Delnoy, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 354).

Of de kwijtschelding van een schuld van geaccumuleerde huurgelden (ten belope van meer dan 2 mijoen) aan deze criteria beantwoordt valt toch wel erg te betwijfelen (in die zin ook Delnoy, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 354).

387. Voor de maandelijkse rente van 10.000 F. die in dat zelfde geval door diezelfde erflater gedurende bijna vijf jaar aan een behoeftig persoon werd uitgekeerd, leken mij deze criteria eerder voldaan. Het hof bestempelde dit evenwel als liefdadigheid, waarmee al evenmin rekening diende gehouden te worden bij de samenstelling van de fictieve massa, nu deze liefdadigheid niet overdreven was gezien de vermogenstoestand van de erflater.

388. Artikel 922 B.W. voorziet slechts de toevoeging van schenkingen bij de bestaande goederen om na te gaan of sommige schenkingen of legaten niet moeten worden ingekort. Met schenkingen waarvan (in toepassing van art. 918 B.W., zie verder nr. 419) vaststaat dat ze niet aan inkorting onderworpen zijn, moet dan ook geen rekening gehouden worden bij de samenstelling van de fictieve massa (Cass., 8 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1992, 579 met gelijkluidend advies van advocaat-generaal Piret).

389. Moet ook rekening gehouden worden met schenkingen die de erflater deed vooraleer hij reservatairen had. De rechtbank van Hoei (18 december 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 571) dacht van niet, omdat volgens haar dit nergens uit hoofdstuk III van Titel II van het Burgerlijk wetboek blijkt. Ze weigerde dan ook bij de samenstelling van de fictieve massa rekening te houden met de onrechtstreekse voordelen die uit een overeenkomst ten bezwarende titel voortvloeiden, nu die overeenkomst afgesloten werd vóór de adoptie. Het geadopteerde kind, enige reservatair, eiste dat met deze onrechtstreekse schenking werd rekening gehouden.

Men kan nochtans twijfelen aan de juistheid van deze beslissing. Om te beginnen moeten overeenkomstig art. 922 B.W. bij de bestaande goederen, de goederen worden toegevoegd „waarover bij schenking onder de levenden werd beschikt''. Op deze regel wordt in dat artikel geen uitzondering voorzien (zie ook in die zin Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 318, nr. 19.4 en andere argumenten daar uiteengezet).

Naast dit tekstargument is er een fundamentelere reden. De reservebescherming is geen echte bevoegdheidsbeperking van de beschikker, die dus moet beoordeeld worden op het moment dat de rechtshandeling gesteld wordt. De schenkingen die hij doet zijn tijdens zijn leven geldig en onaanvechtbaar, zelfs zo men kan veronderstellen dat ze zijn beschikbaar deel overschrijden. De reservebescherming bestaat veeleer uit een betwistingsrecht dat aan bepaalde nauwe verwanten toekomt ter bescherming van wie de reserve is ingesteld. Of die er zijn wordt uitgemaakt op het ogenblik van het overlijden van de erflater (zie hierover uitgebreid, mijn handboek

nrs. 226 en 315, Du Faux, H., „Commentaar bij art. 913 B.W.", 2 in *Comm. Erf.*, *o.c.*).

390. Dit probleem kwam trouwens in de laatste tijd herhaald ter sprake. Nu zowel door de wet van 14 mei 1981, als door de wet van 31 maart 1987 nieuwe reservatairen werden gecreëerd, was het immers de vraag of deze nieuwe reservatairen ook giften konden aanvechten die gebeurden vooraleer zij reservataire aanspraken kregen. In de rechtsleer werd hierop bevestigend geantwoord (zie o.a. Delnoy, P., „Questions relatives à la réserve du conjoint survivant", *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, 337, die terecht aantoont dat de langstlevende ook inkorting kan vorderen van schenkingen die door de eerstgestorven echtgenoot vóór hun huwelijk gedaan werden; en Puelinckx- Coene, M., „Het nieuwe afstammingsrecht of de grote promotie van de buitenhuwelijkse verwanten", dit tijdschrift, 1987, (1179-1254), nrs. 73 e.v., vooral wat de invloed van die wet betreft op vroeger gedane familieschikkingen; *Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en wetgeving*, 1988, 313, Dossier nr. 6137, waar de reservataire aanspraken van de weduwe erkend werden ondanks het feit dat de aanstelling van de algemene legataris gebeurde in een testament dat dateerde van vóór het huwelijk en van vóór de wet van 14 mei 1981; zie ook Cass. Fr., 25 november 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 391 nr. 23.650, een adoptie nadat bij testament een algemene legataris werd aangesteld, herleidt dit algemeen legaat tot het beschikbaar deel, rekening houdend met deze nieuwe reservatair).

3) Waardebepaling van de schenkingen

391. Om te beginnen moet alleen wat als voorwerp van de schenking beschouwd wordt, bij de fictieve massa worden gevoegd (zie hoger nr. 160 en verder nr. 400).

392. Overeenkomstig art. 922 B.W. worden de schenkingen aangerekend in de staat waarin ze zich bevonden op het ogenblik van de schenking en aan de waarde van het ogenblik van overlijden (Brussel, 27 mei 1986, gecit.; Rb. Gent, 26 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 251). Ze worden immers geacht het patrimonium van de overledene nooit verlaten te hebben.

Het is dus verkeerd bij de waardebepaling van een geschonken goed geen rekening te houden met de staat van het goed ten tijde van de schenking en zich te baseren op een expertise die vier jaar voor het overlijden werd gedaan (Cass., 23 mei 1991, *J.T.*, 1991, 716; *T. Not.*, 1992, 231).

393. Op de regel dat inzake de reservebescherming hét schattingsmoment het ogenblik van het overlijden is, geldt nochtans een uitzondering. Overeenkomstig art. 1464 B.W. wordt in bepaalde gevallen een inbreng van goederen in het gemeenschappelijk vermogen, gecombineerd met een ongelijke verdeling van dat vermogen, als een schenking beschouwd ten belope

van het aandeel boven de helft aan de waarde van het ingebrachte goed op de dag van de verdeling (zie ook hoger nr. 160). Als niet zo overtuigend argument wordt gesteld dat de schenking niet ontstaat door de inbreng maar wel door de ongelijke verdeling (Gerlo, J., *Huwelijksvermogensrecht*, 1992, nr. 511.

Door de rechtspraak wordt art. 1464 B.W. letterlijk toegepast (Rb. Brussel, 9 april 1987, *Pas.*, II, 1987, 72; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 66, nr. 23683; *T.B.B.R.*, 1988, 485).

394. Het hof van Brussel was in het Solvay-arrest van oordeel dat bij een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik aan een vreemde alleen het werkelijke genoten voordeel moet aangerekend worden en dus de last van het vruchtgebruik van de waarde van het geschonken goed mag afgetrokken worden.

Het hof wees op die manier de eerste rechter terecht die geweigerd had dit te doen en zich hierbij beroepen had op art. 918 B.W. (zie hierover verder nrs. 416 e.v.).

En inderdaad, dit artikel en het daarin vervatte vermoeden dat ondanks het voorbehoud van vruchtgebruik het om een schenking gaat van het goed in zijn volle waarde, zijn niet van toepassing op schenkingen onder voorbehoud van vruchtgebruik aan derden, niet-erfgerechtigden gedaan (zie verder nr. 422).

Of dit noodzakelijkerwijze tot het besluit diende te leiden dat met de last van het vruchtgebruik bij schenkingen aan vreemden wel rekening moet gehouden worden is een andere vraag.

Om te beginnen kan moeilijk beweerd worden dat het hier om een echte last gaat, in die zin dat het voorbehoud van vruchtgebruik een soort van tegenprestatie zou zijn van de begiftigde, waardoor hij zich verarmde (Delnoy, P., „L'arrêt Solvay ou quelques interrogations sur la technique de la réserve héréditaire'', *T.B.B.R.*, 1988, (351- 363), 354).

Maar bovendien moet bij de berekening van de fictieve massa voor alle schenkingen rekening gehouden worden met de waarde van de schenking op het ogenblik van het overlijden. Op dat ogenblik is het voorbehouden vruchtgebruik vervallen en kan dus op grond daarvan ook bij schenkingen aan vreemden geen rekening meer gehouden worden met dit voorbehoud.

Dit wordt trouwens vrij algemeen aangenomen (conclusies van advocaat-generaal Piret, bij Cass., 8 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1992, 582; Cass., 20 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 333, conclusies toenmalig eerste advocaat-generaal Hayoit de Termicourt; *R.C.J.B.*, 1950, 45, noot Dekkers; Brussel, 13 april 1972, *J.T.*, 1972, 731, *R.C.J.B.*, 1978, 35, noot Delnoy; *Rev. Not. B.*, 1973, 24; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, 154, nr. 21787; Dillemans, *De erfrechtelijke reserve*, nr. 338; Puelinckx-Coene, *Erfrecht*, nr. 250; Planiol-Ripert, V, nr. 80; Delnoy, *o.c.*, 4).

§ 3. Aanrekening op het beschikbaar deel

1) Algemeen

395. Alle giften die op het beschikbaar deel moeten aangerekend worden, worden eerst en aan dezelfde waarde meegerekend bij de samenstelling van de fictieve massa.

2) Alleen giften met vrijstelling van inbreng

396. Giften aan erfgerechtigden worden slechts op het beschikbaar deel aangerekend, zo ze vrijgesteld zijn van inbreng (Brussel, 27 mei 1986, gecit.).

De wetgever gaat er van uit dat giften aan erfgerechtigden in de regel zonder vrijstelling van inbreng gebeurden. De erflater wordt vermoed zijn erfgenamen op voet van gelijkheid te willen behandelen.

Wil hij vrijstellen van inbreng dan moet hij dit zeggen, „uitdrukkelijk'' preciseert de wet (art. 843 en 919 B.W.).

Het hof van Bergen (20 januari 1988, bevestigt Rb. Charleroi, 11 april 1986, *Rev. Not. B.*, 1988, 207) was in een moedig en goed gemotiveerd vonnis nochtans van oordeel dat zelfs bij zo'n uitdrukkelijke vrijstelling van inbreng, nagegaan moet worden of zij wel degelijk strookt met de werkelijke bedoeling van de erflater.

In casu had een vader aan zijn twee zonen een aantal landbouwgronden geschonken bij authentieke akte, waarin vermeld stond dat de schenking gebeurde „bij vooruitmaking en buiten deel''. Oorspronkelijk was gepland dat beide schenkingen op dezelfde dag zouden gebeuren, maar buiten de wil van de schenker werd een van de akten een dag later dan de andere ondertekend. De zoon die de (ongewild) oudste schenking had gekregen beweerde deze te mogen aanrekenen op het beschikbaar deel. Dit was hierdoor uitgeput en hij eiste dan ook de inkorting van de latere schenking aan zijn broer.

Het hof was van oordeel dat de bewoordingen van de schenking misschien wel op het eerste zicht duidelijk waren, maar toch moest worden nagegaan of ze ook duidelijk waren voor de partijen en overeenstemden met hun werkelijke bedoeling (zie ook hoger nr. 268). Het kwam tot de vaststelling dat de vader in feite aan zijn beide kinderen een definitieve toebedeling van de geschonken goederen had willen doen door hun gelijkaardige goederen als voorschot op erfdeel te schenken.

397. Rechtspraak en rechtsleer nemen aan dat vrijstelling van inbreng ook stilzwijgend kan gebeuren. Dit is het geval zo deze vrijstelling met voldoende zekerheid kan afgeleid worden uit het geheel van de akte, of zelfs uit de omstandigheden waarin of de wijze waarop de gift gebeurde (Brussel, 30 november 1982, *T. Not.*, 1985, 189, noot Puelinckx-Coene (de erflaatster sprak van een legaat „zonder verdeeldheid''); Brussel, 27 mei 1986, gecit.;

Rb. Brussel, 9 april 1987, 72; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 66, nr. 23683; zie ook Puelinckx-Coene, *Erfrecht*, nr. 326 en verwijzingen daar, en vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 655, nr. 166).

Het is pas wanneer achteraf een schenking vrijgesteld wordt van inbreng, dat deze vrijstelling in de vorm van een beschikking onder de levenden of bij testament moet gebeuren (art. 919 B.W. in fine; Brussel, 27 mei 1986, gecit.).

398. Geheel in die lijn aanvaardde het hof van Antwerpen (22 november 1989, *T. Not.*, 1990, 323) vrijstelling van inbreng voor een legaat van een som geld die door een vader aan een kind werd vermaakt, ter compensatie voor het gratis bewonen van het ouderlijk huis door het andere kind. Door deze compensatie wilde hij immers de gelijkheid onder zijn kinderen herstellen.

Zeer streng leek mij daarentegen de rechtbank van Antwerpen (9 mei 1990, *T. Not.*, 1991, 389), die de vrijstelling van inbreng niet bewezen achtte van een onrechtstreekse schenking die tussen echtgenoten bedongen was via een beding van terugvallende lijfrente op de langstlevende (zie hierover hoger nr. 137). Het gebruikte procédé liet toch vermoeden dat de echtgenoten aan de langstlevende iets meer wilde verzekeren dan het intestaat erfrecht. Het hof van Antwerpen (12 januari 1983, *R.W.*, 1984-85, 1039, noot Puelinckx-Coene), had in een gelijkaardig geval wel de vrijstelling aanvaard, omdat het volgens het hof om een werkelijke begunstiging ging.

Het hof van Brussel van zijn kant oordeelde in het herhaald geciteerde Solvay-arrest dat het feit dat drie schenkingen tegelijkertijd aan de drie kinderen gedaan werden en de erflater de gewoonte had te stipuleren welke schenkingen hij als voorschot op erfdeel deed, onvoldoende houvast bood om te besluiten dat de schenkingen stilzwijgend vrijgesteld werden van inbreng.

3) Art. 1464 B.W.

399. In navolging van de rechtsleer (Dillemans, *Erfrecht*, 398; Casman, H. en Vastersavendts, A., *De langstlevende echtgenoot. Erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke aspecten*, 87) stelde de rechtbank van Brussel (9 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 72; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 66, nr. 23683; *T.B.B.R.*, 1988, 485), dat in de mate art. 1464 B.W. sommige huwelijkse voordelen als schenkingen kwalificeert (zie hoger nr. 160 en 333), het hier gaat om schenkingen met vrijstelling van inbreng.

De rechtbank verantwoordt dit wel op een vrij originele wijze. Inbreng steunt, aldus de rechtbank, op de vermoede wil van de erflater en hoe kan deze wil worden nagegaan, nu deze beschikking niet door de erflater maar door de wet als schenking wordt gekwalificeerd.

Maar is het niet eerder zo dat de wetgever van oordeel is dat echtgenoten, die in hun huwelijkscontract een beding van inbreng combineren met een beding

van ongelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen ten voordele van de langstlevende, deze langstlevende willen bevoordelen. Daarom wordt deze combinatie niet beschouwd als een handeling ten bezwarende titel, maar ten dele als een schenking, en gezien juist deze bedoeling van de echtgenoten, als een echte bevoordeling en dus als een schenking buiten erfdeel.

§ 4. Inkorting

1) Wat wordt ingekort

400. Wanneer blijkt dat door de schenking het beschikbaar deel overschreden werd, heeft inkorting plaats.

Deze inkorting kan alleen betrekking hebben op datgene wat als voorwerp van de schenking moet worden beschouwd. Nu door het Hof van Cassatie (15 november 1990, *J.T.*, 1991, 518, noot L. Vogel; *Pas.*, 1991, I, 284; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, 244, nr. 23985; *Rev. Not. B.*, 1991, 109, noot J. Em.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 94; *T.B.B.R.*, 1991, 137; zie ook de commentaar van Raucent, „La donation-achat en faveur d'un conjoint en présence d'héritiers réservataires'', *T.B.B.R.*, 1991, 120 en „Objet et cause des libéralités. Les arrêts de la Cour de cassation du 16 novembre 1989 et du 15 novembre 1990'' in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, 1991; zie hoger nr. 171). beslist werd dat bij aankoop van een goed door een persoon in eigen naam maar met gelden die hem door zijn echtgenoot om niet ter beschikking gesteld werden, alleen deze gelden voorwerp van de schenking waren en niet het goed, volgde hieruit logischerwijze dat alleen deze geldsom kon worden ingekort en niet het aangekochte goed.

2) Vermomde schenkingen

401. Wanneer door een vermomde schenking de reserve van de erfgenamen wordt aangetast is de sanctie eveneens de inkorting, niet de nietigverklaring van de vermomde schenking (Rb. Turnhout, 28 maart 1991, *T.B.B.R.*, 1991, 400; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 655, nr. 165).

Naar Belgische opvatting is dit ook zo — en dit ondanks art. 1099, lid 2 B.W. — in geval het om een vermomde schenking tussen echtgenoten gaat. Dat werd in deze periode door het Hof van Cassatie nogmaals bevestigd (Cass., 19 december 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 369; *Pas.*, 1992, I, 366, nr. 216; *R.W.*, 1991-92, 1478; *Rev. Not. B.*, 1992, 102, noot Sterckx; zie reeds Cass., 29 december 1865, *Pas.*, 1866, I, 241; Cass., 26 januari 1928, *Pas.*, 1928, I, 63 en de conclusies van procureur-generaal Leclercq).

De Franse rechtspraak past art. 1099, lid 2, letterlijk toe en vernietigt dergelijke schenkingen, zelfs zo zij het beschikbaar deel niet overschrijden (zie o.a. Cass. Fr., 10 maart 1970, *D.*, 1970, 661, noot Breton; Van Quickenborne, M., Commentaar bij art. 1099 B.W. en geciteerde rechtspraak in

voetnoot 6, in *Comm. Erf.*; zie hierover uitgebreid Méau-Lautour, *La donation déguisée en droit civil français*, 1985, nrs. 562 e.v.), vandaar dat het in Frankrijk een groot praktisch belang heeft of een schenking tussen echtgenoten als een vermomde dan wel als een onrechtstreekse schenking wordt gekwalificeerd.

3) Volgorde waarin inkorting plaats vindt

402. Schenkingen onder de levenden worden nooit ingekort vóór de legaten en wanneer deze inkorting plaats heeft, geschiedt ze te beginnen met de laatste schenking en zo vervolgens opklimmend tot de vroegere (art. 923 B.W.; Cass., 19 december 1991, gecit.; Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134; *T.B.B.R.*, 1988, 402; *J. T.*, 1987, 381).

Wanneer een echtgenoot een schuldbekentenis ondertekent, die achteraf blijkt fictief te zijn en een schenking te vermommen, en deze schuldbekentenis de daaropvolgende dag bevestigd wordt in het huwelijkscontract, waarin ook een wederkerige schenking tussen echtgenoten bedongen wordt, dan is de vermomde schenking de oudste en mag zij niet vóór de schenking tussen de echtgenoten ingekort worden (Cass., 19 december 1991, gecit.).

Wel is de regel van art. 923 B.W. alleen maar ter vrijwaring van het onherroepelijk karakter van de schenkingen ingesteld en dus ter beschermig van de begiftigde. Deze kan dan ook aan deze bescherming verzaken.

Verzaking wordt niet vermoed en kan alleen afgeleid worden uit elementen die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn (Cass. 19 december 1991, gecit.).

4) Bewijs van de datum van een schenking

403. Zo de erflater verschillende schenkingen heeft gedaan is het dus nodig hun datum te kennen, om de volgorde te kunnen bepalen waarin eventueel inkorting zal optreden.

Het hof van beroep van Brussel zet in het Solvay-arrest (27 mei 1986, gecit.) de principes terzake eerst duidelijk op een rijtje en trekt enkele verrassende conclusies.

In principe moet in het kader van art. 923 B.W. alleen de datum bewezen worden van de schenkingen buiten erfdeel, want alleen zij worden aangerekend op het beschikbaar deel (zie evenwel de preciseringen van Delnoy, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 363, zo de schenking als voorschot op erfdeel roerende goederen betreft die in waarde veranderden tussen de schenking en het overlijden).

De reservatairen die inkorting van een schenking vragen kunnen met alle middelen van recht zowel het feit als de datum van de schenking bewijzen.

De datum en meer in het bijzonder de wijze waarop de datum moet bewezen worden is nochtans vooral belangrijk voor de verschillende begiftigden

onderling. Van de volgorde van de aanrekening hangt dikwijls af of hun schenking kan behouden blijven of niet.

Zo de begiftigde tevens reservatair erfgenaam van de schenker is en hij een vordering instelt om de inkorting te laten gebeuren overeenkomstig de regel van art 923 B.W., treedt hij niet op als reservatair maar als begiftigde. Zo hij beweert dat zijn schenking ouder is dan een andere schenking moet hij hiervan het bewijs leveren, zoals hij dat kan eisen van een andere begiftigde die beweert dat zijn schenking de oudste is. Actori incumbit probatio!

Geen probleem zo de schenking bij openbare akte gebeurde, deze heeft immers vaste datum. Dit is ook het geval voor een schenking door overdracht van aandelen, wanneer deze overdracht bij deurwaardersexploot aan de vennootschap betekend was.

Elke begiftigde is een derde t.a.v. de schenkingen die aan andere begiftigden zijn gedaan en kan hun dus desgevallend artikel 1328 B.W. tegenwerpen.

Het hof van Brussel preciseert dat dit althans het geval is in de mate de voorwaarden vervuld zijn voor de toepassing van dit artikel, dat stelt dat onderhandse akten slechts vaste datum hebben t.a.v. derden van de dag ze geregistreerd zijn, een van de ondertekenaars overleden is of haar hoofdinhoud opgenomen werd in een akte opgesteld door een openbaar ambtenaar.

Daarop aansluitend neemt het hof aan dat een aantal schenkingen die niet bij authentieke akte zijn vastgesteld toch vaste datum hebben.

Zo werden door de erflater aan zijn kinderen een aantal giften van geldsommen gedaan via bankoverschrijving. Het hof aanvaardt dat het hier om (geldige) handgiften gaat (zie hierover hoger nr. 182) waarvan de datum bewezen is door de bankdocumenten die vaststelden dat de overdracht van de sommen gebeurde door overschrijving van fondsen, met als gevolg dat de opdrachtgever deze fondsen uit handen had gegeven en ze ingeschreven werden op rekening van de begiftigde.

Daarnaast had de erflater een pakket aandelen op naam aan zijn kinderen geschonken door inschrijving van hun overdracht in het daartoe gehouden register van de vennootschap (zie hierover nr. 219), hierbij was ook de datum vermeld, overeenkomstig art. 42 Venn. W.

Het hof aanvaardde dat het certificaat van deze inschrijving het afdoend bewijs leverde van de datum van de schenking.

Het hof stelde tenslotte uitdrukkelijk dat zodoende geen geweld werd gedaan aan art. 1328 B.W.!

Hieruit kan men dus afleiden dat het hof weigert bankdocumenten die de overschrijving van fondsen vaststellen en de inschrijving van aandelen op naam in de registers van de vennootschap te beschouwen als louter onderhandse akten in de zin van art. 1328 B.W. (vgl. Delnoy, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 364). Dergelijke „vermeldingen in regelmatig gehouden of opgemaakte registers en bescheiden of borderellen door de wet opgelegd of door het

gebruik bekrachtigd'' hebben inderdaad reeds bv. door art. 1399, lid 2 B.W. het statuut gekregen van semi-authentieke akten.

Derden hebben geen enkele waarborg dat de datum van een onderhandse akte waarheidsgetrouw door de partijen werd opgegeven. Dit verklaart de regel van art. 1328. Dergelijke waarborg hebben zij wel t.a.v. de datum die blijkt uit deze semi-authentieke stukken. Men kan dus aannemen dat de bescherming van de derden, die artikel 1328 B.W. biedt, hier niet nodig is.

5) Hoe gebeurt de inkorting

404. Inkorting gebeurt in principe in natura, zij waarborgt immers het recht van de reservatairen op hun voorbehouden deel in erfgoederen.

Tot de uitzonderingen op deze regel wordt door de rechtsleer art. 1464 B.W. gerekend (Casman en Vastersavendts, *o.c.*, nr. 237; Dillemans, *Erfrecht*, 399). Dit wordt nu voor het eerst ook door de rechtspraak bevestigd (Rb. Brussel, 9 april 1987, *Pas.*, 1987, II, 72; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 66, nr. 23683; *T.B.B.R.*, 1988, 485; vgl. Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving, 1988, 277, dossier nr. 6133).

Traditioneel wordt hiervoor (wellicht naar analogie met art. 918 B.W., zie verder nr. 416) een (niet zo overtuigend) tekstargument ingeroepen. Artikel 1464 B.W. spreekt immers over de *waarde* van de ingebrachte goederen (zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift 1985, 661, nr. 175).

Nog minder overtuigend is de verklaring die de Brusselse rechtbank geeft. Volgens haar gaat het bij inkorting om een louter rekenkundige bewerking, die de goederen niet effectief doet terugkeren in de te verdelen massa.

Het is inderdaad op grond van een louter rekenkundige bewerking dat vastgesteld wordt hoe groot fictieve massa en beschikbaar deel zijn en of het beschikbaar deel werd overschreden, maar eens vaststaat dat de reserve is aangetast en er dus effectief moet ingekort worden, gebeurt deze inkorting in de regel in natura en wel om de daarnet gegeven reden (zie in die zin ook Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 323, nr. 23).

6) Gevolgen van de inkorting

405. De onroerende goederen die ten gevolge van de inkorting moeten terugkomen, worden daardoor vrij van schulden of hypotheken waarmee zij door de begiftigde zijn bezwaard (art. 929 B.W.). Dit artikel maakt deel uit van een reeks bepalingen die de kredietwaardigheid van schenkingen ten zeerste in het gedrang brengen en die in de practijk erg hinderlijk overkomen. Onlangs werd daarom hun afschaffing gevraagd (zie hoger nrs. 88 e.v.).

Het is dan ook spijtig dat aan deze bepaling door de rechtbank van Hoei (14 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 883) een tot nu toe ongekende draagwijdte gegeven werd.

In casu had een dame een huis, omzeggens haar enig bezit, verkocht aan een andere dame. Achteraf bleek dat het hier om een vermomde schenking ging

(de schenking was gebeurd onder de — wel degelijk nagekomen — mondelinge belofte van de begiftigde te zorgen voor het mentaal gehandicapte kind van de schenkster). Het huis werd achteraf onteigend en de begiftigde had met de onteigeningsvergoeding een ander huis gekocht, waarop een hypotheek gevestigd werd.

Bij het overlijden van de schenkster bleek dat door deze vermomde schenking het beschikbaar deel overschreden was. De reservatairen (o.m. de voorlopige bewindvoerder van het mentaal gehandicapte kind) vroegen de inkorting van de schenking. Ze beweerden die te kunnen uitoefenen op het nieuw aangekochte goed, dat volgens hen door subrogatie in de plaats was gekomen van het destijds geschonken goed. Bovendien beweerden zij dat, gezien artikel 929 B.W., dit goed terug moest komen vrij en onbelast met hypotheek.

Ze worden door de rechtbank in het gelijk gesteld. Door de subrogatie, aldus de rechtbank, wordt het goed dat in de plaats komt van een goed dat uit het patrimonium verdwenen is, onderworpen aan hetzelfde regime als het vorige. Er is hier, volgens de rechtbank, sprake van subrogatie want het vervreemde goed moet zonder twijfel als een bestemmingsvermogen beschouwd worden, zijn bestemming was het immers de reserve van de kinderen te waarborgen.

Resultaat is dat de hypotheekmaatschappij haar onderpand verliest, zonder dat zij in enigerlei mate op de hoogte was of kon zijn dat het gehypothekeerde goed ter wederbelegging was verworven van een onteigeningsvergoeding uitbetaald voor een goed dat slechts in schijn was aangekocht (zie nochtans Cass. Fr. 25 april 1939, *D.P.*, 1940.1.12, noot G. L. dat zelfs een hypotheek geldig verklaarde die door een schuldeiser te goeder trouw gevestigd was op het in te korten geschonken goed zelf, nu dat goed via een vermomde schenking aan de begiftigde was toegekomen)!

Wanneer het in te korten geschonken goed reeds door de begiftigde vervreemd is moeten, overeenkomstig art. 930 B.W. de reservatairen eerst de begiftigde uitwinnen. Algemeen wordt aangenomen dat de inkorting dan in waarde gebeurt (Puelinckx-Coene, nr. 285 en verwijzingen daar), de begiftigde moet de tegenwaarde betalen van het (in te korten gedeelte van het) goed, geschat op de dag van het overlijden (Van de Vorst, J., „Quotité disponible — Partage. Expertise des biens — Date à laquelle il faut se reporter pour l'estimation'' , *Rev. Prat. Not.*, 1925, 130).

Artikel 930 B.W. stelt nergens dat de inkorting dan bij voorkeur moet gebeuren op de goederen die in de plaats gekomen zijn van het vervreemde goed en nog minder dat ook deze goederen vrij en onbelast moeten terugkomen.

In de rechtsleer wordt dan ook voorgehouden dat ingeval van inkorting de zakelijke subrogatie niet speelt en de reservatairen de inkorting in natura niet kunnen vorderen van het goed dat in de plaats gekomen is van het geschonken goed (De Page, VIII, nr. 1537; D. Perney, *La nature juridique de la*

réserve héréditaire, Proefschr. Nice 1976, nrs. 331) laat staan eisen dat het vrij en onbelast terugkomt! (vgl Delnoy *o.c.*, *J.T.*, 1989, 323, nr. 24) die zich afvraagt of hier werkelijk van een bestemmingsvermogen kan gesproken worden en of de voorwaarden voor subrogatie dus wel vervuld zijn).

AFDELING 2

DE RESERVE VAN DE LANGSTLEVENDE ECHTGENOOT

§ 1. De concrete reserve

406. De reserve van de langstlevende is dubbel omschreven. Ze heeft dwingend recht op vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap (de abstracte reserve), maar minstens op de gezinswoning met huisraad (concrete reserve). Deze concrete aanspraak kan de langstlevende nochtans maar laten gelden zo deze preferentiële goederen geheel tot de nalatenschap van de eerstgestorven echtgenoot behoren of tot het gemeenschappelijk vermogen. Dit is een precisering die door de rechtsleer was aangebracht (Puelinckx-Coene, nr. 235; Van Hove, E., „De reserve van de langstlevende echtgenoot" in Coene, M. (ed.), *Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, 1982, (87-102), 93) en nu door het hof van beroep van Antwerpen (16 november 1988, *Rev. Not. B.*, 1989, 326) bevestigd werd.

Dit vereiste kan, zoals bleek uit het arrest vooral bij tweede huwelijk voor onaangename verrassingen zorgen. In casu was het nieuwe echtpaar blijven wonen in het huis dat tijdens het eerste huwelijk werd gekocht en tot het gemeenschappelijk vermogen van dat eerste huwelijk behoorde. Er werd niet overgegaan tot de vereffening en verdeling van het eerste huwelijksstelsel en de overlevende man had dus geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid voorzien in artikel 1446 B.W. zich bij voorrang deze gezinswoning met huisraad te laten toewijzen, waardoor ze volledig tot zijn nalatenschap zou hebben behoord. Het gevolg was dat de gezinswoning in onverdeeldheid was blijven toebehoren aan de man en aan de kinderen uit het eerste huwelijk. De nieuwe echtgenote kon zodoende wel aanspraak maken op vruchtgebruik op het aandeel van de man in de gezinswoning, maar niet op het gedeelte dat toebehoorde aan de stiefkinderen en dus geen deel uitmaakte van de nalatenschap van de man. Ze kon dus niet eisen dat ze in deze woning zou kunnen blijven verder wonen, al had ze daar meer dan negentien jaar gewoond.

Het hof stelde dat deze relatieve bescherming van de gezinswoning een bewuste keuze was geweest van de wetgever waartegen geen billijkheidsoverwegingen konden worden ingeroepen!

§ 2. Voorwaarden waarin onterving van deze reserve mogelijk is

1) Algemeen

407. De reserve van de langstlevende echtgenoot is minder gewaarborgd dan de reserve van de bloedverwanten in de rechte lijn.

Van meet af aan werd in de wet van 14 mei 1981 voorzien dat deze nieuwe reservatair bij echtelijke moeilijkheden onder bepaalde voorwaarden volledig kan onterfd worden, meer bepaald in art. 915 bis, § 3 B.W. (zie hierover verder nr. 408) en in art. 1287, lid 2 Ger. W. (zie hierover verder nr 410).

In deze periode werd door de de wet van 31 maart 1987 tot hervorming van het afstammingsrecht een nieuwe grond tot onterving toegevoegd, althans wat de abstracte reserve betreft en wel ten nadele van een echtgenoot die blijkt een kind in overspel te hebben verwekt (art. 334 ter, lid 3 B.W.; zie hierover uitgebreid o.a. Puelinckx-Coene, nrs. 311 e.v. en verwijzingen daar).

2) Art. 915 bis, § 3 B.W.

408. Dit artikel voorziet dat echtgenoten elkaar onder volgende voorwaarden totaal kunnen onterven. Nodig is dat de echtgenoten sinds meer dan zes maanden gescheiden leefden en zich intussen niet hebben verzoend, dat de erflater een afzonderlijke verblijfpaats heeft gevorderd en bovendien een ontervend testament heeft gemaakt.

Drie vereisten waaromtrent de nodige discussies zijn ontstaan. In deze periode kreeg de rechtspraak de gelegenheid t.a.v. sommige standpunt in te nemen.

Een eerste twistpunt is of wel degelijk aan alle gestelde voorwaarden tegelijk moet voldaan zijn, of meer precies of ook het ontervend testament moet dateren uit de onafgebroken periode van feitelijke scheiding vóór het overlijden.

In het tweede verslag Baert (*Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 797/2, 19) werd hierop bevestigend geantwoord (in die zin ook Casman-Vastersavendts, *De langstlevende echtgenote. Erfrechtelijke en vermogensrechtelijke aspecten*, 1981, nr. 339; Van Look, M., „De rechten van de langstlevende echtgenoot. Beperkingen en onterving", *R.W.*, 1981-82, (409-424), 421). Een eerste argument is een tekstargument: de slotzinsnede van het eerste lid van § 3 van art. 915 bis B.W. zou op het gehele lid slaan. Dit zou, aldus verslaggever Baert, ook de zienswijze van de Senaat zijn. Maar hij geeft ook een meer inhoudelijk argument. Pas wanneer aan de drie voorwaarden voldaan is, krijgt de erflater de uitzonderlijke bevoegdheid een reservatair te onterven (zie de tussenkomst van de heer Baert tijdens de Recyclagedagen van 1982, Weyts, L. (ed.), *Clausules over het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, 108).

Nochtans is, zoals hoger reeds aangetoond (zie hoger nr. 389) de reservebescherming geen bevoegdheidsbeperking van de erflater, maar wel een betwistingsrecht van de reservatair!

Een groot deel van de rechtsleer betwijfelt dat ook het testament uit die periode moet stammen (Dillemans, R., *Erfrecht*, nr. 128; Raucent, L., *Les droits successsoraux du conjoint survivant. Premier commentaire de la loi du 14 mai 1981*, nr. 74; Delnoy, P., „Questions relatives à la réserve du

conjoint survivant'', in Centre de droit patrimonial de la famille, U.C.L. (ed.), *Dix années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, 1987, (339-358), 346; Pintens, W., „Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot bij feitelijke scheiding, scheiding van tafel en bed en echtscheiding'' in Weyts, L. (ed.), *Clausules over erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, 1983, nr. 119 e.v.; Puelinckx- Coene, M., *Erfrecht*, nr. 308; Van Hove, E., *Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, 100). Men vindt hiervoor geen steun in de wettekst van art. 915 bis, § 3 dat spreekt over de „akte'' en niet over akten, waardoor alleen gerefereerd wordt naar de gerechtelijke akte waarbij een afzonderlijk verblijf gevorderd werd.

409. De discussie in de rechtsleer betrof vooral de vraag of een echtgenoot, die een ontervend testament had gemaakt tijdens een periode van feitelijke scheiding maar zich achteraf had verzoend, opnieuw een ontervend testament diende te maken zo het achteraf toch weer misliep en de echtgenoten vóór het overlijden opnieuw meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leefden.

De rechtbank van Nijvel (15 mei 1990, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 159), had zich uit te spreken over de vraag of een ontervend testament dat dateerde van vóór de feitelijke scheiding, volledig effect kon hebben. De rechtbank was terecht op grond van datzelfde tekstargument (en het feit dat duidelijke wetteksten niet moeten geïnterpreteerd worden) van oordeel dat dit inderdaad het geval was (zie over deze situatie de uitvoerige bespreking bij Puelinckx-Coene, M., „Beschouwingen bij het patrimoniaal statuut van de weduwe, tien jaar na de hervorming van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot'', dit tijdschrift, 1991, (739-802), nr. 48).

410. Een ander twistpunt is of deze onterving expliciet moet gebeuren dan wel of bv. de aanstelling van een algemene legataris volstaat. De rechtsleer is verdeeld.

Sommige auteurs (De Busschere, C., „Article 915 bis, par. 3 C.C. Formulation de la privation de la réseve du conjoint survivant'', *Rev. Not. B.*, 1988, 55-57; Puelinckx-Coene, nr. 307) vinden dat de aanstelling van een algemeen legataris inderdaad kan volstaan. De wet zelf eist geen expliciete onterving en door de aanstelling van een algemeen legataris blijkt in de regel voldoende de bedoeling van de erflater alles aan die persoon te willen geven.

De rechtbank van Namen (23 december 1986, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 133, afkeurende noot Demblon; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 37; *Rev. Not. B.*, 1988, 53; zie ook de „voorzichtige'' aansporingen van Raucent en Staquet, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1289, 714) volgde deze stelling.

Anderen eisen dat met zekerheid moet blijken dat de erflater zijn partner wilde onterven, alhoewel wordt toegegeven dat deze onterving niet in sacramentele bewoordingen moet gebeuren. Een loutere aanstelling van een algemene legataris vinden ze hiertoe nochtans onvoldoende (Bourseau,

R., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, 331; Delnoy, P., *o.c.*, *J.T.*, 1989, 307, nr. 17; Dillemans, R., *o.c.*, nr. 128c; Pintens, W., „Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot. Wettelijke devolutie. Reserve en onterving'', *Waarvan akte*, 1983, nr. 6).

De rechtbank van Luik (28 maart 1990, *J.T.*, 1991, 179) is in haar overwegingen deze stelling genegen, maar de vraag of een aanstelling van een algemene legataris voldoende is voor een volledige onterving, was hier niet aan de orde.

De erflater had in casu door middel van twee legaten over al zijn goederen beschikt, zonder evenwel met zoveel woorden een algemeen legataris aan te duiden. Bovendien bleek dat de verstandhouding tussen de echtgenoten niet helemaal zoek was nu ze in onderling akkoord uit elkaar gegaan waren. Men kon dus wel twijfelen of het de bedoeling van de erflater geweest was de langstlevende volledig te onterven.

Het lijkt mij inderdaad ook hier weer een interpretatiekwestie te zijn.

In algemene regel kan men wellicht aannemen dat de aanstelling van een algemene legataris voor twee interpretaties vatbaar is. De erflater kan door het gebruik van de term bedoelen alles aan die persoon te willen vermaken, maar het kan ook zijn dat hij, zo er nog reservatairen zijn (en hij enige juridische kennis heeft), op die manier alleen maar het beschikbaar deel wilde vermaken.

De werkelijke bedoeling van de erflater moet nochthans niet uitsluitend aan de hand van intrinsieke elementen gezocht worden, maar kan ook aan de hand van extrinsieke elementen achterhaald worden (zie hoger nrs. 263 e.v.).

In deze aangelegenheid zijn er nu precies, zelfs zo geen andere aanduidingen in het testament er op wijzen dat het de bedoeling van de erflater was zodoende de langstlevende volledig te onterven, bij hypothese steeds extrinsieke elementen die in die richting wijzen. Volledige onterving kan immers maar plaatsvinden zo ook aan de andere voorwaarden van art. 915 bis, § 3 B.W. is voldaan. Dat zijn bijkomende, objectief vast te stellen, aanduidingen dat het tussen de erflater en zijn echtgenoot helemaal niet meer goed gaat en het dus voor de hand liggend is dat hij hem zo min mogelijk wilde geven.

Er is hier dus nooit alleen maar een aanstelling van een algemene legataris. De combinatie van deze verschillende intrinsieke en extrinsieke factoren maakt de wil tot onterven meer dan waarschijnlijk.

In die omstandigheden lijkt mij de aanstelling van een algemeen legataris voldoende om te doen vermoeden dat de erflater de langstlevende volledig wilde onterven. De langstlevende kan bewijzen dat er aanwijzingen zijn in de andere zin (zoals door de rechtbank van Luik werd aangenomen), zodat ze toch nog haar reserve behoudt. De bewijslast ligt evenwel bij de langstlevende.

3) Art. 1287 Ger. W.

411. Daarnaast verplicht art. 1287, lid 2 Ger. W. de echtgenoten die uit de echt willen scheiden bij onderlinge toestemming, bij de regeling van hun wederzijdse rechten ook een overeenkomst te treffen met betrekking tot hun ab intestaat of reservataire aanspraak in mekaars nalatenschap, voor het geval een van hen zou komen te overlijden tijdens de procedure. Het staat hun hierbij vrij elkaar deze rechten al dan niet te ontnemen. Hun keuze moet wel uitdrukkelijk worden geformuleerd. Uit de afwezigheid van enige vermelding daaromtrent kan noch besloten worden dat de erfaanspraken werden ontnomen, noch dat ze behouden bleven. In die omstandigheden kan dan ook de echtscheiding niet worden toegestaan (Rb. Oudenaarde, 28 mei 1991, *T. Not.*, 1991, 388).

Artikel 1287, lid 2 preciseert evenwel dat deze overeenkomst geen gevolg heeft indien afstand wordt gedaan van procedure. Het bewijs dat hetzij door de langstlevende hetzij door de overleden echtgenoot afstand van procedure werd gedaan, moet worden geleverd door de langstlevende echtgenoot die er zich op beroept en die dus ondanks de overeenkomst toch nog zijn reservataire erfrechten opeist (Rb. Brussel 5 september 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 478; Casman H. en Vastersavendts A., *De langstlevende echtgenote, Erfrechtelijke en huwelijksvermogensrechtelijke aspecten*, nr. 352; Pintens W. *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, nrs. 452 e.v. en „Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot bij feitelijke scheiding, scheiding van tafel en bed en echtscheiding'' in Weyts L. (ed.) *Clausules over het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, nr. 138.

Door de rechtsleer (zie vooral Pintens, ibidem en ook Casman-Vastersavendts, *o.c.*, nr. 352; Puelinckx-Coene, *Erfrecht* nr. 310) werd al gewaarschuwd eenzijdige verklaringen terzake van de langstlevende met de nodige omzichtigheid te bejegenen. Deze raad werd door de rechtbank van Brussel (5 september 1989, gecit.) toch wel heel streng ter harte genomen! Alhoewel zij (Pintens letterlijk overnemend) van mening was dat dit bewijs niet alleen schriftelijk kon geleverd worden, bv. door een akte waarin de afstand door beide partijen was geakteerd, maar ook door getuigen en door het aanvoeren van feiten waaruit de afstand van procedure kan afgeleid worden, oordeelde zij dat in casu deze afstand niet uit de aangevoerde feiten bleek. Nochtans waren de beide echtgenoten anderhalve maand vóór de *zelfmoord* door de man (en kon men dit dan niet als „ in tempore non suspecto'' beschouwen?), niet komen opdagen voor de Voorzitter van de rechtbank om het procesverbaal van de tweede verschijning te ondertekenen. Maar de rechtbank was van oordeel dat moest bewezen worden wat het motief was voor deze afwezigheid en dat werd in casu niet aangetoond, ook niet wat het motief hiertoe van de langstlevende was.

Bovendien had die echtgenote geen enkel initiatief genomen vóór de laatste nuttige dag waarop de tweede verschijning nog kon doorgaan, om de procedure toch nog te regulariseren. Maar ook het louter laten verstrijken

van de wettelijke termijn hield volgens de rechtbank geen voldoende bewijs in, nu volgens haar uit geen enkel element van het dossier bleek dat de partijen de intentie hadden gehad afstand van procedure te doen.

AFDELING 3

DE RESERVE EN ENKELE BIJZONDERE BESCHIKKINGEN

§ 1. Art. 917 B.W.

1) Art. 917 B.W. en giften aan andere personen dan de weduwe

a. De regel

412. Wanneer een erflater een legaat in vruchtgebruik vermaakt dat meer dan het beschikbaar deel belast, hebben de reservatairen de keuze ofwel het legaat in zijn totaliteit uit te keren, ofwel de volle eigendom van het beschikbaar deel af te staan (art. 917 B.W.; Antwerpen, 3 oktober 1984, *Rev. Not. B.*, 1985, 155).

b. Termijn voor het uitoefenen van de optie

413. Artikel 917 B.W. wordt een bron van moeilijkheden zo de reservatairen talmen deze keuze te doen. In de wet wordt niet gepreciseerd binnen welke termijn dit moet gebeuren (Bergen, 1 april 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 509; Bergen, 4 februari 1991, *Rev. Not. B.*, 1991, 474).

Wel wordt aangenomen dat deze optie impliciet kan gebeuren (Rb. Doornik, 1 juli 1940, *Rev. Prat. Not.*, 1941, 19) maar dan moeten er preciese aanduidingen zijn, die geen twijfel toelaten dat de reservatairen afstand deden van hun recht te kiezen (Bergen, 1 april 1985, gecit.; Cass., 4 november 1977; *Pas.*, 1978, I, 270; Cass., 20 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 478).

Traditioneel wordt het loutere feit dat ze de legataris gedurende jaren in het bezit lieten van het te grote legaat in vruchtgebruik, niet op zichzelf voldoende geacht om te doen aanvaarden dat de reservatairen verkozen het legaat uit te voeren (Galopin, *Donations et testaments*, nr. 72; Marty, G. en Raynaud, P., *Les successions et les libéralités*, 1983, nr. 470; zie ook mijn handboek, nr. 360, en verwijzingen daar naar oudere rechtspraak).

Dat was precies het geval in de betwisting die het hof van beroep van Bergen tot tweemaal toe te beoordelen kreeg. De erflater had het vruchtgebruik van zijn huis met inboedel aan een dame vermaakt, de waarde ervan bleek het beschikbaar deel te overschrijden. Ze was in het huis (mogen) blijven wonen. Na zes jaar hadden de reservatairen de vereffening en verdeling gevraagd, zonder ook dan te preciseren welke keuze ze wensten te maken. Het hof had hen, op verzoek van de legatarisse, verplicht kleur te bekennen (Bergen, 1 april 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 509). Na elf jaar opteerden zij voor de afstand van het beschikbaar deel in volle eigendom.

c. Gevolgen van een late optie

414. Het hof was in zijn tweede arrest van oordeel dat nu art. 917 B.W. aan de reservatairen alleen maar de keuze laat ofwel het legaat uit te voeren, ofwel het beschikbaar deel in volle eigendom af te staan, deze optie retroactief werkt. Anders oordelen zou er op neerkomen dat het legaat in vruchtgebruik toch gedeeltelijk zou worden uitgevoerd, wat in strijd is met de duidelijke bewoordingen van art. 917 B.W. Het onprettige gevolg voor de legatarisse was wel dat zij, nu ze zodoende al die jaren het huis zonder titel had bewoond, op grond van de verrijking zonder oorzaak veroordeeld werd de tegenwaarde van de huurprijs te vergoeden, eventueel vermeerderd met de interesten te rekenen vanaf de dag van de aanmaning.

Over het feit dat de legatarisse gedurende al die jaren het genot had gederfd van het beschikbaar deel, werd blijkbaar met geen woord gerept.

2) Art. 917 B.W. en giften aan de weduwe

415. Staat dergelijke keuze ook voor de kinderen open zo een schenking van vruchtgebruik op de ganse nalatenschap gedaan werd ten voordele van hun stiefouder? De rechtbank van Leuven (27 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 168) oordeelde terecht dat dit niet langer het geval was (vóór de wet van 1981 stond die keuze voor hen wel open; zie verder nr. 456).

Deze keuze toekennen heeft maar zin zo de gift in vruchtgebruik inderdaad te groot is en op een ontoelaatbare wijze de reserve van de kinderen belast. Maar de reserve van de kinderen is sinds de wet van 14 mei 1981 ook t.a.v. hun stiefouder herleid tot blote eigendom, zodat bij uitvoering van de gift in vruchtgebruik hun reserve niet is aangetast. Trouwens de langstlevende heeft van rechtswege vruchtgebruik op de ganse nalatenschap (Du Faux, H., „Commentaar bij art. 917 B.W.", 3 in *Comm. Erf.*, *o.c.*; Puelinckx-Coene, nr. 362).

Het lijkt mij dan al evenmin mogelijk, zoals nochtans deze rechtbank schijnt te aanvaarden, dat deze schenking op basis van artikel 1465 B.W. (dat bovendien alleen een bescherming biedt tegen overdreven huwelijkse voordelen) zou kunnen worden ingekort. De reserve van de kinderen is immers niet aangetast.

§ 2. Art. 918 B.W.

1) De regel

a. Algemeen

416. Het lange verhaal van art. 918 B.W. gaat verder (zie hierover uitgebreid vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 658, nrs. 170 e.v., en in deze periode ook Delnoy, P., *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 357 e.v.; Du Faux, H., Commentaar bij art. 918 B.W. in *Comm. Erf.*, *o.c.*; Puelinckx-Coene, nrs. 363 e.v.), Waar in deze periode enkele belangrijke twistvragen over de toepassing en de

draagwijdte van dit artikel werden beslecht, worden andere, vooralsnog weinig betwiste, aspecten in vraag gesteld.

De regel van artikel 918 B.W. wordt door het hof van Brussel duidelijk uiteengezet in het reeds herhaald geciteerde Solvay-arrest (Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134, *J.T.*, 1987, 381, *T.B.B.R.*, 1988, 396). Door deze wetsbepaling wordt een onweerlegbaar vermoeden ingesteld dat vervreemdingen, door een ascendent aan een erfgerechtigde in de rechte lijn gedaan, onder last van een lijfrente (of voorbehoud van vruchtgebruik) in werkelijkheid zuivere schenkingen zijn van de volle eigendom van het goed (eerste vermoeden) maar met vrijstelling van inbreng (tweede vermoeden).

Dit heeft tot gevolg dat bij het overlijden van de vervreemder deze schenking voor haar volledige waarde in rekening moet gebracht worden bij de samenstelling van de fictieve massa, aan die waarde moet worden aangerekend op het beschikbaar deel en eventueel worden ingekort (zij het in waarde) zo dit beschikbaar deel (reeds) is uitgeput.

Sinds de interpretatieve wet van 4 januari 1960 worden onder vervreemdingen ook schenkingen begrepen.

De werking van deze vermoedens kan alleen worden opgeheven door de instemming van de andere reservatairen.

b. Het eerste vermoeden

417. Overeenkomstig het eerste wettelijk vermoeden wordt de vervreemding dus beschouwd als een schenking voor de volle eigendom. Dit betekent dat met de bedongen aleatoire tegenprestaties geen rekening mag gehouden worden, ook al werden die effectief gepresteerd (Rb. Gent, 26 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 251; Bouckaert, F., „Is het vermoeden van kosteloosheid van art. 918 B.W. weerlegbaar'', noot onder Gent, 7 november 1985, *T. Not.*, 1986, 51; Gent, 10 juni 1964, *R.W.*, 1964-65, 776; zie ook vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 659, nr. 170).

Over de vraag of met bijkomende tegenprestaties in kapitaal mag rekening gehouden worden, zie verder nrs. 430 e.v.

c. Het tweede vermoeden

418. Een tweede vermoeden is dat het dan wel om een schenking gaat buiten erfdeel en dus aan te rekenen op het beschikbaar deel.

Dit tweede vermoeden werd oorspronkelijk afgeleid uit de vermomming van de schenking als verkoop, waardoor ook een uitdrukkelijke vrijstelling van inbreng onmogelijk was (zie hoger nr. 213). Nu artikel 918 B.W uitdrukkelijk van toepassing werd verklaard op formele schenkingen die onder dergelijke modaliteiten bedongen werden, werd in de rechtsleer (Du Faux, H., Commentaar bij art. 918 B.W., 7 in *Comm. Erf.*, *o.c.*, en „Artikel 918 B.W. en de ascendentenverdeling'', *T. Not.*, 1969, 129; De Wulf, C., in Weyts, L. (ed.), *De schenkingsakten*, 58, nr. 70; Puelinckx-Coene, nr. 380; zie ook *Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving*,

1988, 364, dossier nr. 6143) gesteld dat de begiftigde aan het voordeel van het tweede vermoeden kan verzaken, zoals de andere reservatairen aan het voordeel van het eerste vermoeden (dat ten gunste van hen werd ingesteld) kunnen verzaken. De begiftigde zou dus geldig kunnen erkennen dat de schenking werd gedaan als voorschot op erfdeel en dat hij zich verbindt tot een inbreng in waarde. Dergelijke clausule heeft als gunstig gevolg dat een goed definitief in natura aan een kind wordt toebedeeld zonder dat meteen ook de gelijkheid tussen de kinderen verbroken wordt (zie ook verder nr. 472). In het Solvay-arrest was het hof van beroep van Brussel nochtans de tegenovergestelde mening toegedaan (zie ook De Page, VIII/2, nr. 1457). Ondanks het feit dat in de schenking met last van lijfrente uitdrukkelijk bedongen werd dat zij aan inbreng onderworpen was, weigerde het hof hiermee rekening te houden, omdat deze wilsuiting van de schenker niet bij machte was het onweerlegbaar vermoeden van vrijstelling voorzien in artikel 918 B.W. te weerleggen en andere regels in de plaats te stellen. Begrijpelijkerwijze wilde het hof dan ook geen rekening houden met andere extrinsieke gegevens die eveneens wezen in de richting van een inbrengverplichting.

d. Betekenis van de instemming door de andere erfgenamen bij formele schenkingen

419. Deze vermoedens juris et de jure kunnen enkel worden opgeheven door de instemming van de andere reservatairen met deze vervreemding.

Zelfs na de wet van 4 januari 1960 was er in rechtspraak en rechtsleer nog heel wat te doen over de vraag welke de gevolgen zijn zo de andere erfgerechtigden instemden met een (formele) schenking onder dergelijke modaliteiten gedaan. Hierop werd reeds ingegaan en stelling genomen in vorig overzicht (zie dit tijdschrift, 1985, 660; zie ook mijn handboek, nr. 373).

Deze betwisting lijkt gelukkig maar — en (hopelijk) definitief — van de baan nu het Hof van Cassatie terzake op een zeer duidelijke manier stelling innam (Cass., 8 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1992, 579, met gelijkluidend advies van advocaat-generaal Piret, waardoor het cassatieberoep op dat punt verworpen werd tegen Luik, 12 december 1990).

Het hof is van oordeel dat nu schenkingen onder toepassing vallen van artikel 918 B.W., de tweede zin van dit artikel aan de erfgerechtigden, die met de schenking instemden, de mogelijkheid ontneemt nog aanrekening van die schenkingen te vragen op het beschikbaar deel om ze eventueel te doen inkorten.Het hof van beroep van Luik — aldus het hoogste hof — heeft door te stellen dat deze instemming een afstand betekent door deze erfgerechtigden van hun reservatiaire aanspraken op de aldus geschonken goederen, artikel 918 B.W., zoals geïnterpreteerd door de wet van 4 januari 1960, juist toegepast.

Dat zodoende afbreuk wordt gedaan aan andere wettelijke bepalingen (als

het verbod op overeenkomsten over niet opengevallen nalatenschappen en de reservebescherming) is niet onwettig, want deze afwijkingen werden juist door de wetgever gewild.

Bovendien stelt het hoogste hof dat artikel 922 B.W. de fictieve toevoeging van schenkingen bij de bestaande goederen slechts voorziet met het oog op een eventuele inkorting van die schenkingen, zo zij het beschikbaar deel overschrijden. Het hof van beroep heeft dan ook door te weigeren deze fictieve toevoeging te eisen van schenkingen met voorbehoud van vruchtgebruik, waarmee de andere erfgerechtigden hebben ingestemd en die niet vatbaar zijn voor aanrekening en inkorting, artikel 918 B.W. juist toegepast zonder overtreding van artikel 922 B.W.

In deze periode sprak ook het hof van beroep van Brussel zich opnieuw in dezelfde zin uit (Brussel, 19 november 1985, *J.T.*, 1987, 142; Brussel, 27 mei 1986, gecit., (implic.).

420. Nu de instemming van de medeërfgerechtigden een werkelijke afstand van hun reservataire aanspraken betekent, moet duidelijk en zonder twijfel vaststaan dat de andere medeërfgerechtigden aan hun ondertekening deze draagwijdte hebben willen geven.

Het hof van Brussel was in het Solvay-arrest (van 27 mei 1986) niet overtuigd dat dit het geval was.

De vader had aan elk van zijn drie kinderen een brief geschreven, waarin hij hun aankondigde dat hij van plan was aan elk van hen een pak aandelen te schenken op last hem de netto-opbrengst te laten toekomen. Hij vroeg hun hem hun akkoord te betuigen met deze gang van zaken en instructies te geven in die zin aan de vennootschap. Hiertoe moesten ze een toegevoegd ontwerp van brief ondertekenen. De drie kinderen deden zoals gevraagd.

Het hof was van oordeel dat het hier ging om drie afzonderlijke schenkingen. Elk van de kinderen had door de ondertekening alleen zijn akkoord betuigd met de schenking en haar modaliteiten (door het hof gekwalificeerd als een last van lijfrente, zie hierover verder nr. 423), maar had zodoende niet zijn instemming gegeven met de schenkingen aan de andere kinderen gedaan.

2) Het toepassingsgebied

a. Algemeen

421. Heel wat blijft er te doen over de vraag naar het toepassingsgebied van dit artikel. Dit is (zoals Dillemans, *De erfrechtelijke reserve,* nr. 328, het stelde) a priori een moeilijke kwestie omdat het artikel veelal is aangewend geworden in een perspectief dat verschillend is van dat van de wetgever anno 1804.

In de te bespreken periode is er een tendens waar te nemen het toepassingsgebied uit te breiden. In de interpretatie die nu aan artikel 918, in fine gegeven wordt, biedt dit artikel een van de weinige wettelijke middelen

om reservatairen op voorhand afstand te laten doen van hun reservataire aanspraken in het vervreemde goed en op die manier definitieve familiale regelingen tot stand te brengen.

b. Wat de personen betreft

422. Eerst en vooral werd opnieuw gepreciseerd dat, wat de betrokken personen betreft, het moet gaan om een vervreemding aan een erfgerechtigde in de rechte lijn, dus met uitsluiting van schenkingen aan derden (Solvay-arrest, Brussel, 27 mei 1986, *Pas.*, 1986, II, 134, *J. T.*, 1987, 381, *T.B.B.R.*, 1988, 396).

c. Wat de opgelegde modaliteiten betreft

Er moeten bepaalde modaliteiten aan de schenking verbonden zijn. Artikel 918 preciseert zelf welke die zijn: last van lijfrente, afstand van kapitaal of voorbehoud van vruchtgebruik.

— last van lijfrente

423. Wat als last van lijfrente kan beschouwd worden, werd door het hof van Brussel nogal ruim geïnterpreerd. In het reeds herhaald geciteerde Solvay-arrest was het van oordeel dat hiermee kon worden gelijkgeschakeld de last aan de begiftigden opgelegd, de schenker de dividenden terug te storten die zouden worden uitgekeerd voor de aandelen die hij hun geschonken had of voor aandelen die werden aangekocht met gelden die hij hun geschonken had. De betwisting spitste zich vooral toe op de vraag of het hier ging om een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik, dan wel om een schenking onder last van lijfrente, maar zowel rechtbank als hof vonden dat het laatste het geval was. Beiden weigerden de kwalificatie vruchtgebruik te weerhouden, omdat de erflater zich ten aanzien van de geschonken aandelen, niet het vruchtgebruik had voorbehouden maar alleen de begiftigden een prestatie in geld had gevraagd. Van de met de geldsom aangekochte aandelen was de schenker bovendien nooit eigenaar geweest, zodat hij er zich dus ook niet het vruchtgebruik kon van voorbehouden.

Maar ook t.a.v. de kwalificatie lijfrente kan men zich, samen met Delnoy (*o.c.*, *T.B.B.R.*, 1988, 358) vragen stellen. Weinig verzoenbaar met een lijfrente was niet zozeer dat niet uitdrukkelijk bedongen werd dat deze last gedurende het ganse leven van de schenker was opgelegd (men kon dit uit de context afleiden), maar vooral dat het bedrag dat de kinderen aan hun vader moesten storten zeer wisselend kon zijn en zelfs helemaal niets bedragen in de jaren de algemene vergadering zou beslissen geen dividenden uit te keren.

— Voorbehoud van vruchtgebruik op slechts een deel van de goederen

424. Zie hierover verder nrs. 433 e.v.

— Moet de opsomming in art. 918 B.W. limitatief worden opgevat?

425. De rechtbank van Gent (26 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 251) vindt

van wel. Deze uitzonderingsregel is van strikte toepassing. Dit artikel mag niet worden uitgebreid buiten de gevallen die er uitdrukkelijk in genoemd zijn en die eigenlijk de modaliteit van kanscontract toevoegen. De rechtbank weigerde — en terecht — art. 918 B.W. toe te passen op een schenking waar als tegenprestatie de overname van een kredietopening en de uitkering van een som geld was voorzien.

426. Toch dringen zich wat de restrictieve toepasssing van art. 918 betreft, enkele nuanceringen op.

Wat de tegenprestaties die in artikel 918 B.W. geviseerd zijn, gemeen hebben is hun kanselement m.a.w. hun aleatoir karakter. Dat werd reeds lang geleden gepreciseeerd door het Hof van Cassatie (1 juli 1864, *Pas.*, 1864, I, 373). Ook Voirin legde er de nadruk op dat juist de combinatie van het kanselement met de nauwe familierelatie aan de basis ligt van het vermoeden dat het om een schenking gaat („De l'article 918 du Code civil'', *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1954, (1-15), 15; zie ook Dillemans, *De erfrechtelijke reserve*, nr. 316).

Het aleatoir karakter is meteen duidelijk wat de last van lijfrente en het voorbehoud van vruchtgebruik betreft. Maar het is ook aanwezig bij een vervreemding met afstand van kapitaal. Hiermee wordt immers in de regel bedoeld een vervreemding zonder tegenprestatie in kapitaal maar tegen een levenslang recht (Du Faux, Commentaar bij art. 918, 20 in *Comm. Erf.*, *o.c.*) of precieser nog een vervreemding tegen bepaalde prestaties die eindigen bij het overlijden van de vervreemder, zodanig dat de erfgenamen bij het overlijden van de vervreemder noch het vervreemde goed, noch enige tegenprestatie terugvinden (Patriarche, J., „Aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit au profit d'un successible en ligne directe'', *Rev. Prat. Not.*, 1945, (227-242), 230). In feite is een vervreemding onder last van lijfrente een voorbeeld van een vervreemding met afstand van kapitaal.

Dit leidt tot de conclusie dat zelfs in een restrictieve interpretatie artikel 918 B.W. van toepassing is telkens als tegenprestatie een aleatoire en levenslange last bedongen wordt.

427. Het hof van Brussel (19 november 1985, *J.T.*, 1987, 142) oordeelde in die zin.

Alhoewel het op het eerste gezicht de indruk geeft elke schenking met last t.v.v. een erfgerechtigde tot het toepassingsveld van art. 918 B.W. te willen rekenen, blijkt voor het hof belangrijk te zijn dat (een van) de bedongen last(en) aleatoir was (zie ook verder nr. 437). Het hof verklaart artikel 918 B.W. van toepassing op een schenking (o.m.) met last van (gedeeltelijke) bewoning op grond van volgende redenering: artikel 918 B.W. heeft niet alleen tot doel de reservatairen tegen verdachte vervreemdingen te beschermen door ze als schenkingen te ontmaskeren, maar ook een oplossing te bieden voor de (destijds) moeilijke evaluatie van aleatoire tegenprestaties en daarom aanrekening te eisen van de volle waarde van het goed (vgl. art. 917

B.W. (zie hoger nr. 412), waar voor een gelijkaardig evaluatieprobleem een gelijkaardige oplossing gekozen werd; zie ook Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 321).

Het was de motivering die destijds door het Hof van Cassatie (1 juli 1864, gecit.) werd gegeven om de term „vervreemden'' in artikel 918 B.W. ruim te interpreteren, zodat ook schenkingen onder zijn toepassing vielen.

In diezelfde lijn kan men dan ook stellen dat dit schattingsprobleem niet alleen geldt (of althans destijds gold) voor alle vervreemdingen tegen aleatoire tegenprestatie, maar ook voor elke aleatoire tegenprestaties en dus ook voor een recht van bewoning (vgl. hoger nr. 41). Intussen heeft ook het hof van beroep van Antwerpen (25 mei 1992, intussen gepubliceerd in *Not. Fisc. M.*, 1993, 174, noot J. Verstraete) artikel 918 B.W. van toepassing verklaard op een verkoop met voorbehoud van een levenslang recht van bewoning omdat „rechtsleer en rechtspraak terzake niet unaniem zijn, maar de overwegende meerderheid stelt dat recht van bewoning een beperkt maar daadwerkelijk vruchtgebruik uitmaakt''.

428. Vrij algemeen wordt wel aanvaard dat ook de last de schenker te onderhouden, te voeden en te huisvesten binnen het toepassingsgebied van art. 918 B.W. valt (De Page, VIII/2, nr. 1459; Du Faux, Commentaar bij art. 918 B.W., 21 in *Comm. Erf.*, *o.c.*,; Puelinckx-Coene, nr. 363 en verwijzingen daar). Maar tot hier toe leek de Belgische rechtspraak (Luik, 8 december 1931, *Pas.*, 1931, II, 92; Rb. Gent, 30 mei 1945, *T. Not.*, 1946, 144; Rb. Mechelen, 9 december 1947, *R.W.*, 1947-48, 842; Rb. Antwerpen, 14 april 1948, *T. Not.*, 1949, 168; Gent, 9 maart 1950, *Pas.*, 1950, II, 96; Rb. Antwerpen, 29 juni 1962, *R.W.*, 1962-63, 799; Brussel, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 516; Luik, 4 november 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1979, 179, nr. 22381; Cass. Fr., 20 januari 1987, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1987, 584, opmerkingen Patarin, met overvloedige verwijzingen naar de verdeelde Franse rechtsleer en rechtspraak) en een deel van de rechtsleer (De Page, VIII/2, nr. 1459, B; Du Faux, *o.c.*, 26; Lehon, „Art. 918 — Aliénations à charge de droit viager'', *Rev. Prat. Not.*, 1960, 136; contra: Kluyskens, III, nr. 117; Piret-Pirson, „Examen de jurisprudence. Successions et libéralités'', *R.C.J.B.*, 1949, 285; Savatier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1936, 222) van oordeel te zijn dat art. 918 als uitzonderingsregel strikt moet worden toegepast en dus niet van toepassing is bij voorbehoud van een recht van bewoning.

Dergelijke uitbreiding lijkt nochtans, zoals aangetoond, ook in een restrictieve interpretatie verdedigbaar.

Of deze ommekeer in de rechtspraak opportuun is, is een andere vraag. Ook hier werd wellicht door de practici op deze gevestigde regel voortgebouwd (vgl. de situatie na het cassatie-arrest van 20 januari 1950, wat aanleiding gaf tot de interpretatieve wet van 4 januari 1960; zie o.a. vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 659, nr. 170).

429. Ook het Hof van Cassatie (8 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1992, 579) lijkt voorstander van een minder letterlijke interpretatie te zijn. Het stelt dat

artikel 918 B.W. zoals geïnterpreteerd door de wet van 4 januari 1960 (m.a.w. met zijn mogelijkheid op voorhand afstand te doen van zijn reservataire aanspraken t.a.v. het geschonken goed), niet van toepassing is op alle schenkingen maar alleen op schenkingen ofwel onder last van lijfrente *of van een verbintenis iets te doen*, ofwel onder voorbehoud van vruchtgebruik (cursief toegevoegd).

Is deze „verbintenis iets te doen'' een andere wijze om „met afstand van kapitaal'' te verwoorden? Opdat ook hier het in de overige gevallen aanwezige aleatoir element terug te vinden zou zijn, moet hieronder dan wel verstaan worden de verplichting iets voor de vervreemder te doen (als hem te verzorgen, te huisvesten, te onderhouden) gedurende de rest van zijn dagen.

d. Blijft artikel 918 B.W. van toepassing zo naast een aleatoire prestatie betaling van een som geld werd bedongen?

430. Het gaat hier om een van de vele betwiste aangelegenheden van artikel 918 B.W., (zie hierover uitgebreid o.a. mijn handboek, nrs. 375 e.v., en verwijzingen daar).

De vraag is belangrijk omdat bij niet toepassen van artikel 918 B.W. het gemene recht opnieuw geldt. Dit betekent dat zelfs na de interpretatieve wet (en de draagwijdte hieraan gegeven door het Hof van Cassatie), het voor de toepassing van artikel 918 B.W. wel onverschillig is of de vervreemding gebeurde om baat dan wel om niet, maar dit onderscheid wel belangrijk blijft zo dit artikel niet wordt toegepast.

Zo artikel 918 B.W. (en de vermoedens die er in vervat zijn) niet van toepassing is, moet, tenzij het tegenbewijs effectief geleverd wordt, aangenomen worden dat de voorgewende rechtshandeling oprecht is en de bedongen prestaties ook werden geleverd.

Werd het goed verkocht dan komt deze overeenkomst in principe niet meer ter sprake bij het openvallen van de nalatenschap, ook niet zo de andere erfgerechtigden er niet bij betrokken werden en er dus niet mee instemden. Hoogstens zal nog de prijs moeten betaald worden, zo die slechts betaalbaar werd gesteld na het overlijden.

431. Werd daarentegen het goed formeel geschonken, dan komt deze schenking nog wel ter sprake bij het openvallen van de nalatenschap, zelfs al hebben de andere erfgerechtigden er hun akkoord mee betuigd (Rb. Gent, 26 februari 1987, *T.B.B.R.*, 1988, 251). Maar dan mag wel rekening gehouden worden met de bedongen tegenprestaties, tenzij bewezen wordt dat het niet de bedoeling was dat ze effectief zouden geleverd worden, zoals ook moet bewezen worden of de schenking met vrijstelling van inbreng gebeurde.

432. Uiteraard is er geen discussie over de vraag of artikel 918 B.W. van toepassing is, zo alleen maar een tegenprestatie in kapitaal of het overnemen

van verbintenissen van de schenker wordt bedongen. Het antwoord is neen, zelfs al hadden de medeërfgerechtigden uitdrukkelijk in de schenkingsakte verklaard in toepassing van artikel 918 af te zien van enige mogelijke vordering tot inkorting (Rb. Gent, 26 februari 1987, gecit.).

Ook zo de oorspronkelijk bedongen lijfrente achteraf wordt omgezet in een kapitaal, is er alleen nog een tegenprestatie in kapitaal en is artikel 918 B.W. niet langer van toepassing (Gent, 3 november 1983, *T. Not.*, 1986, 355, dat spreekt van schuldvernieuwing; zie nochtans Du Faux, *o.c.*, 20 en 22 en Rb. Veurne, 9 april 1910, *Pas.*, 1910, III, 230).

433. Zo een tegenprestatie in kapitaal bedongen wordt, naast een van de genoemde aleatoire prestaties worden verschillende opvattingen verdedigd.

Een eerste strekking bestaat er in artikel 918 B.W. niet van toepassing te verklaren zo gauw er een bijkomende prestatie in kapitaal is. De verantwoording is klassiek: wettelijke vermoedens moeten restrictief toegepast worden.

Het is het standpunt dat herhaald door het hof van beroep van Gent werd ingenomen in gevallen waar een goed werd verkocht en naast een lijfrente of een verbintenis tot onderhoud ook de betaling van een som geld werd bedongen (Gent, 10 juli 1946, *Pas.*, 1946, II, 65; Gent, 9 maart 1950, *Pas.*, 1950, II, 96; *R.W.*, 1949-50, 1700; *T. Not.*, 1950, 148; Gent, 5 mei 1950, *R.W.*, 1950-51, 183; *T. Not.*, 1950, 223; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1952, 30, nr. 19.079, voorziening in cassatie verworpen door Cass., 19 juni 1952, *R.W.*, 1952-53, 457; *Rev. Prat. Not.*, 1953, 399; zie ook Veurne, 9 april 1910; *Pas.*, 1910, III, 230).

Gevolg van deze stelling is, dat het gemene recht van toepassing is (en dan ook rekening moet gehouden worden met alle tegenprestaties) en dus via het bedingen van een tegenprestatie in kapitaal de dwingende vermoedens van artikel 918 B.W. buiten spel kunnen gezet worden. Een ander gevolg is dat de instemming van de andere erfgerechtigden niet kan beschouwd worden als een geldige afstand van hun reservataire aanspraken op het vervreemde goed.

434. In deze periode weigert datzelfde hof van Gent (7 november 1985, *T. Not.*, 1966, 44, noot F. Bouckaert; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 251, noot) om dezelfde redenen artikel 918 B.W. toe te passen bij een verkoop onder voorbehoud van vruchtgebruik waarbij ook een prijs bedongen werd. Maar de voorliggende situatie waarover het hof te oordelen had, was wel bijzonder. Het hof stelt trouwens voorwaarden opdat 918 B.W. zou kunnen geweerd worden.

Om te beginnen moet de bedongen prijs de voornaamste tegenprestatie zijn en redelijk zijn. In casu stemde de prijs overeen met de waarde van het goed in volle eigendom op het ogenblik van de verkoop en waren de vruchtgebruikers reeds tamelijk oud. Het hof was daarom van oordeel dat een prijs in kapitaal werd bedongen op zulke wijze dat met de bijkomende aleatoire verplichting van de koper geen rekening moest gehouden worden.

Het hof stelde ook nog een bijkomende voorwaarde. Er moeten garanties zijn dat de verkoopprijs niet fictief is. In casu was hij betaalbaar gesteld drie maanden na het overlijden (zie hierover ook verder nr 445).

Het resultaat was dat de verkoop voor echt en dus voor definitief gehouden werd.

435. Een verkoop onder voorbehoud van vruchtgbruik waarbij ook nog een prijs wordt gestipuleerd is niet geheel gelijk te schakelen met een verkoop tegen lijfrente waarbij ook nog een som moet worden betaald. Een lijfrente kan een volwaardige tegenprestatie zijn, zonder dat nodig is, om de schijn van een handeling ten bezwarende titel te verwekken, nog een prestatie in kapitaal te bedingen. Voorbehoud van vruchtgebruik is nooit een volwaardige tegenprestatie, zodat hier steeds een tegenprestatie in kapitaal (ter vergoeding van de blote eigendom) moet bedongen worden, om niet meteen te verraden dat het om een schenking gaat.

Daarom werd meestal door rechtspraak (Brussel, 18 januari 1954, *Pas.*, 1955, II, 45; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1959, 377, 139, nr. 20.139; Rb. Nijvel, 14 maart 1939, *Pas.*, 1939, III, 318; zie ook Cass. Fr., 28 december 1937, *D.P.*, 1940, noot Holleaux) en rechtsleer (De Page, VIII/2, nr. 1459 A; Raucent, *Les successions*, 312; Piret-Pirson, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1949, 286) bij voorbehoud van vruchtgebruik een totaal tegenovergestelde opvatting voorgestaan. Zowel het voorbehoud van vruchtgebruik, als de bedongen prijs (als de kwitanties) worden in deze opvatting fictief geacht. Het eerste vermoeden van artikel 918 B.W. (zie hoger nr. 417) wordt dus toegepast voor het geheel, wat impliceert dat noch met de effectief geleverde aleatoire tegenprestaties, noch met een eventueel betaalde som, rekening gehouden werd.

436. Er wordt de begunstigde in dat geval dan ook ten stelligste afgeraden zo de andere erfgerechtigden niet instemden, vóór het overlijden enige prijs te betalen.

Moet de bedongen som slechts na het overlijden betaald worden (zie hierover verder nr. 445) en weigerden de andere erfgerechtigden zich met de vervreemding akkoord te verklaren, dan moeten deze erfgerechtigden wel consequent zijn met zichzelf. Dit komt er op neer dat ze de keuze hebben. Ofwel beroepen ze zich op het vermoeden dat het hier om een schenking gaat van de volle eigendom, maar dan kunnen ze natuurlijk niet vorderen dat ook nog de tegenprestatie in kapitaal geleverd wordt (De Page, VIII/2, nr. 1459 en 1462; L.B., noot onder Brussel, 18 januari 1954, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1959, 383, nr. 20139; Piret-Pirson, „Examen de jurisprudence. Successions et libéralités", *R.C.J.B.*, 1949, 287; Raucent, L., *Les successions*, nr. 312; Savatier, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1938, 293). Ofwel vorderen ze de tegenprestatie in kapitaal, wat er op neerkomt dat ze instemmen met de vervreemding en dus geen verdere aanrekening kunnen vragen. Het resultaat van beide opties kan natuurlijk zeer verschillend zijn (zie het uitgewerkte cijfervoorbeeld in mijn handboek, nr. 377).

Zo de andere erfgerechtigden hebben ingestemd moet bij het overlijden alleen nog de bedongen prijs betaald worden.

437. Het hof van beroep van Brussel (19 november 1985, *J.T.*, 1987, 142) achtte artikel 918 B.W. van toepassing op een schenking van een hoeve, waarbij een recht van bewoning van twee plaatsen werd bedongen naast het betalen van een som geld. Het hof motiveert omstandig waarom het artikel 918 van toepassing acht wanneer een recht van bewoning (zie hoger nr. 427) wordt bedongen, maar niet waarom het ook voor het geheel van toepassing is bij voorbehoud van een gedeeltelijk recht van bewoning (in een latere onderhandse akte had het begiftigde kind wel de verplichting op zich genomen zijn ouders te onderhouden) of bij het bijkomend bedingen van een tegenprestatie in kapitaal. Omdat de andere erfgerechtigden hun akkoord met de schenking hadden betuigd was het resultaat ook hier dat op de getroffen regeling niet meer kon teruggekomen worden.

438. Genuanceerder en dus te verkiezen is de zogenoemde theorie van de gemengde akte (zie Kluyskens, III, nr. 118; Piret et Pirson, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1949, 289; 1952, 316 en 1966, 170). Artikel 918 B.W. wordt slechts gedeeltelijk toegepast, proportioneel voor het gedeelte waarvoor de levenslange tegenprestatie werd bedongen (Rb. Antwerpen, 29 juni 1962, *R.W.*, 1962-63, 799; Rb. Brussel, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 518). Zo bv. een prijs wordt betaald ten belope van een derde, is artikel 918 slechts ten belope van twee derden van toepassing. Zo de andere erfgerechtigden niet instemden, zal de aanrekening van de schenking gebeuren aan twee derden van de waarde van het goed in volle eigendom op het moment van het overlijden.

Deze opsplitsing wordt meestal alleen aanvaard zo de prestatie in kapitaal bedongen werd naast een last van lijfrente of een ander levenslang recht (zie ook Du Faux, *o.c.*, 11; Mayeur, A., „Rapport des libéralités. Réserve et qoutité disponible'', *Rec. Gén. Enr. Not.*, 19, 18, nr. 21.552; Puelinckx-Coene, nr. 376) en dus niet zo naast de bedongen prijs vruchtgebruik wordt voorbehouden (zie nochtans Bouckaert, *o.c.*, *T. Not.*, 1986, 51). Dan is immers, zoals gezegd (zie hoger nr. 435) het bedingen van een prijs noodzakelijk om het om niet karakter niet te verraden.

Het hof van Gent (7 november 1985, gecit.; zie hoger nr. 434) weigert in deze periode een verkoop met voorbehoud van vruchtgebruik en tegen betaling van een prijs als een dubbele en splitsbare verrichting te beschouwen. Maar de reden van deze verwerping door het hof lijkt mij te liggen in het feit dat in casu de koopsom bepaald werd alsof er geen vruchtgebruik werd voorbehouden.

De theorie van de gemengde akte wordt bij voorbehoud van vruchtgebruik wel toegepast zo slechts bij een deel van de vervreemde goederen het vruchtgebruik werd voorbehouden (De Page, VIII/2, nr. 1459, A; Du Faux, ibidem; Kluyskens, III, nr. 119; Puelinckx-Coene, nr. 377).

439. De rechtbank van Gent (26 februari 1987, gecit.; vgl. Rb. Gent, 30 mei 1945, *T. Not.*, 1946, 144) houdt er in deze periode een verwante mening op na. Ze achtte artikel 918 B.W. van toepassig op een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik waarbij ook nog naast een lijfrente de betaling van een som geld bedongen werd. Maar ze was van oordeel dat het eerste vermoeden (zie hoger nr. 417), dat in dit artikel vervat zit, alleen kan ingeroepen worden t.a.v. de bedongen aleatoire prestaties maar niet t.a.v. een tegenprestatie in kapitaal. Ze aanvaardde dus dat de begiftigde mocht bewijzen dat hij effectief deze som betaald had en dat zo dit bewijs geleverd werd, deze som (dus in de eens en voor altijd vaststaande nominale waarde) in rekening diende gebracht te worden bij de aanrekening van de schenking.

Hierbij moet men dan wel beducht blijven voor collusie tussen ouder en kind in verband met de echtheid van de geleverde prestatie. In casu voerde de begiftigde aan dat het bewijs van betaling op afdoende wijze kon afgeleid worden uit de verklaring van de schenkster in de schenkingsakte dat ze die som van de begiftigde ontvangen had. Hiervan werd bovendien „kwijting en ontlasting'' in de akte gegeven. De rechtbank was terecht van oordeel dat deze vermelding in de notariële akte louter geschied was op basis van de verklaring van een partij en zonder dat de notaris daaromtrent de echtheid had vastgesteld. Ze kon dus door derden met alle middelen worden aangevochten.

440. Ook het Hof van Cassatie opteert in zijn geciteerde arrest van 8 oktober 1992 voor een gediversifieerde aanpak. Het betrof hier een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik door een moeder aan haar zoon. Er werden een reeks goederen geschonken maar slechts op een deel ervan vruchtgebruik voorbehouden. Bovendien werd bedongen dat de zoon aan elk van zijn twee zusters een som diende te betalen, die bleek overeen te stemmen met een derde van de waarde van die goederen. Deze hadden in de akte ingestemd.

Het hof zegt dat art. 918 B.W. alleen van toepassing is bij vervreemdingen ofwel op last van een lijfrente of van een verplichting iets te doen (zie hoger nr. 429), ofwel onder voorbehoud van vruchtgebruik. Zo slechts ten dele aan die voorwaarden is voldaan, is dit artikel niet van toepassig op het geheel van de geschonken goederen, maar op het deel van die goederen waarop vruchtgebruik werd voorbehouden of op de tegenwaarde van de lijfrente of van de verplichting te doen.

Het hof aanvaardt dus de theorie van de gemengde akte op de gediversifieerde wijze (d.w.z. naar gelang vruchtgebruik wordt voorbehouden, dan wel een levenslange prestatie bedongen) waarop ze door (de meerderheid van) rechtspraak en rechtsleer wordt verdedigd.

Belangrijk is wel dat het hoogste hof het hof van beroep alleen op de vingers tikt omdat het bij een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik geen rekening hield met het feit dat slechts op een deel van de goederen vruchtgebruik werd voorbehouden. Maar over het feit dat ook een bijkomende tegenprestatie in kapitaal was bedongen wordt in het arrest niets gezegd.

441. Een vraag die al evenmin in dit cassatiearrest aan bod kwam (noch in het arrest van het hof van beroep van Brussel, 19 november 1985, zie hoger nr. 437) is in welke mate, nu artikel 918 slechts ten dele van toepassing werd geacht, met de tegenprestatie in kapitaal rekening moet/kan gehouden worden.

Daar in casu alle kinderen medeondertekenden, werd de schenking van de goederen waarop vruchtgebruik werd voorbehouden definitief. T.a.v. de goederen die in volle eigendom geschonken werden, was artikel 918 niet van toepassing. Dit betekent dat deze gewone schenking ondanks de instemming van de andere kinderen wel nog ter sprake komt bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap. Aangenomen kan worden dat deze gewone schenking (proportioneel ?) belast is met de bedongen tegenprestatie in kapitaal. Een schenking met last, wordt omwille van deze last meestal vermoed met vrijstelling van inbreng te zijn gedaan (Puelinckx-Coene, nr. 326 en verwijzingen daar) zodat ze mag aangerekend worden op het beschikbaar deel en wel voor haar netto-waarde.

e. Art. 918 B.W. en de ascendentenverdeling

442. Dit stilzwijgen is trouwens enigszins bevreemdend want het bedingen van deze bijkomende prestatie was ook om andere redenen niet zonder belang.

Maakte immers deze last aan de twee andere kinderen een som geld te betalen met een waarde gelijk aan het derde van het geschonken goed, deze schenking niet tot een ascendentenverdeling (zie hierover ook verder nrs. 459 e.v.), nu ook alle andere kinderen er hadden mee ingestemd?

De vraag is van groot practisch belang.

Algemeen wordt aangenomen dat artikel 918 B.W. niet van toepassing is op ascendentenverdelingen, ondanks het feit dat de ouder/schenker zeer dikwijls aleatoire tegenprestaties bedingt (Baert, G., *A.P.R.*, v°, Ouderlijke boedelverdeling, nr. 687; De Page, VIII/2, nr. 1459, B en 1460). Het is daarbij onverschillig of de partijen zelf naar artikel 918 B.W. verwezen hebben. Zo de ouder in de akte overging tot verdeling en verkaveling van zijn goederen onder al zijn kinderen, hebben we immers met een ascendentenverdeling te maken, waarvan de partijen de juridische natuur niet kunnen wijzigen (Brussel, 19 november 1985, *J.T.*, 1987, 142; zie ook verder nr. 465).

De reden waarom artikel 918 niet toepasselijk wordt geacht, is dat de fraude waarvoor men in dit artikel beducht is, dan niet te vrezen valt omdat alle kinderen bij de regeling betrokken worden en een deel krijgen (Puelinckx-Coene, nr. 379).

Maar dit betekent dat ondanks het akkoord van de andere kinderen de regeling niet langer het definitieve karakter heeft, kenmerkend voor een regeling onder toepassing van artikel 918 B.W. (zie hierover Du Faux, H., „Artikel 918 B.W. en de ascendentenverdeling'', *T. Not.*, 1969, 129).

Een ascendentenverdeling is immers, ondanks de toestemming van alle kinderen, vernietigbaar bij benadeling voor meer dan een vierde en het schattingsmoment is niet het ogenblik van de schenking maar dat van het overlijden van de ouder/schenker (zie ook verder nr. 468).

443. Maar wanneer hebben we dan met een ascendentenverdeling te maken?

In een vroeger arrest (22 maart 1968, *R.W.*, 1967-68, met conclusie toenmalig advocaat- generaal Dumon; *T. Not.*, 1968, 137, noot H. Du Faux; *T. Not.*, 1969, 129; *J.T.*, 1968, 310, *J. Not.* 1969, 314, noot A.R.: *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1968, 299, noot; *Rev. Prat. Not.*, 1968, 184; zie ook vorige overzichten, dit tijdschrift, 1970, 317 en 1985, 663) had het Hof van Cassatie geweigerd een schenkingsakte, die nochtans door partijen als ascendentenverdeling werd bestempeld, als dusdanig te beschouwen. Ouders hadden aan sommige van hun kinderen een goed geschonken (buiten erfdeel en met vrijstelling van inbreng in natura) op last hun een lijfrente uit te keren en een som geld in te brengen in hun nalatenschap. De andere kinderen werden hierbij betrokken.

Doorslaggevend voor de beslissing van het hof was dat geen last werd bedongen aan de andere kinderen persoonlijk een som uit te keren , maar dat een „inbreng'' moest gebeuren van een som geld in de massa van de nalatenschap. Nu alleen sommige kinderen een goed hadden gekregen en aan de andere persoonlijk vóór het overlijden niets werd toegekend, zodat ze tijdens het leven van de schenkers niet de hoedanigheid van deelgenoot verkregen hadden, had er ook geen echte verdeling plaats gehad. Er kon dus niet van een ascendentenverdeling gesproken worden.

Mocht hieruit a contrario afgeleid worden dat zo een last bedongen werd aan alle andere kinderen persoonlijk een som uit te keren en deze dit hadden aanvaard, het wel om een geldige ascendentenverdeling ging, waarop dus art. 918 B.W. niet van toepassing was, met alle gevolgen vandien met betrekking tot het definitieve karakter van de regeling?

De twijfel hierop ja te antwoorden, omdat op die manier sommige kavels alleen uit opleggelden zouden bestaan, werd weggenomen door het arrest van het Hof van Cassatie van 23 mei 1982 (*T. Not.*, 1982, 177; zie de bespreking in vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 662, nr. 177). Het hof aanvaardde dat bij ascendentenverdeling sommige kavels kunnen worden opgevuld met een schuldvordering op termijn ten laste van een mededeelgenoot. In casu kwam ook daar het bedrag van de schuldvordering overeen met het aandeel van het kind in het geschonken goed.

Daarom werd in de rechtsleer (Du Faux, Commentaar bij artikel 918, *o.c.*, 23 e.v.; Puelinckx-Coene, nr. 379) gewaarschuwd tegen het bedingen van een som geld t.v.v. de andere erfgerechtigden, die hiermee instemden. Het definitieve karakter van de familieschikking zou immers op die manier op de helling kunnen komen.

Is deze bezorgdheid nu overbodig geworden? Blijkbaar wel.

Het Hof van Cassatie achtte immers in zijn arrest van 8 oktober 1992 (gecit.; zie ook Brussel, 19 november 1985, gecit.) artikel 918 van toepassing ondanks het feit dat het begiftigde kind aan elk van de andere kinderen een som diende te betalen, die bleek overeen te komen met een derde van de waarde van de geschonken goederen. Meer nog advocaat-generaal Piret vond hierin een argument om aan de andere kinderen het recht te ontzeggen terug te komen op deze rechtshandeling, waarmee ze hadden ingestemd.

Waar de scheidingslijn met de ascendentenverdeling nu nog ligt is mij niet meer zo duidelijk.

444. Bovendien staan we hier dan wel heel ver van de oorspronkelijke regel van artikel 918 B.W., die zich inliet met een verkoop aan één kind onder voorbehoud van vruchtgebruik en deze als een vermomde schenking aanzag omdat men er van uitging dat het niet de bedoeling was dat de bedongen tegenprestaties zouden worden uitgevoerd. Nu wordt het artikel ook van toepassing geacht op een formele schenking met voorbehoud van vruchtgebruik zonder enige vermomming, waarbij bovendien nog bijkomende tegenprestaties worden bedongen ten voordele van alle andere kinderen en met de duidelijke bedoeling dat deze tegenprestaties effectief zouden uitgevoerd worden!

Deze merkwaardige ombuiging is alleen te verklaren door de dwingende behoefte die er in de practijk bestaat om op definitieve wijze een goed aan een kind te kunnen toebedelen zonder de gelijkheid met de andere kinderen (te veel) geweld aan te doen. Het principiële recht van de reservatairen op hun erfdeel in erfgoederen maakt dit quasi onmogelijk.

f. Is art. 918 B.W. van toepassing zo de som slechts na het overlijden moet betaald worden?

445. Hierop wordt wel eens negatief geantwoord omdat de fraude, waarvoor artikel 918 B.W. beducht is, hier niet te vrezen valt, nu er daadwerkelijk een tegenprestatie in de nalatenschap komt (Rb. Hasselt, 11 mei 1949, *R.W.*, 1949-50, 550 (de bedongen prijs beantwoordde aan de tegenwaarde van de blote eigendom); Luik, 16 mei 1939, *J.L.*, 1939, 257; Dillemans, *De erfrechtelijke reserve*, nr. 327; Du Faux, H., Commentaar bij artikel 918, *o.c.*, 9; contra: Rb. Nijvel, 4 maart 1939, *Pas.*, 1939, II, 118; Brussel, 18 januari 1954, *Pas.*, 1955, II, 45; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1959, 377, nr. 20 139).

Of het louter betaalbaar stellen van de prijs na het overlijden, van aard is de toepassing van art. 918 uit te schakelen kan betwijfeld worden. Het lijkt mij verantwoord in dat geval de toepasselijkheid van dit artikel alleen te weren, wanneer de prijs overeenstemt met de waarde van het goed in volle eigendom op het moment van de verkoop (het geval in Gent, 7 november 1985, gecit.; zie hoger nr. 434). Dan lijkt de fraude (inclusief het niet uitvoeren van de aleatoire tegenprestaties), waarvoor men in art. 918 beducht is, inderdaad wel weinig te vrezen te zijn. Of dit bij eventuele waardevermeerdering van

het goed tussen vervreemding en overlijden, een goede zaak is voor de andere kinderen is natuurlijk een andere zaak.

446. Stemt de prijs niet overeen met de waarde van het goed in volle eigendom dan is niet gemakkelijk uit te maken of de lagere prijs een juiste compensatie vormt voor het voorbehoud van vruchtgebruik en of dit vruchtgebruik wel degelijk werd uitgeoefend. Maar dit zijn nu precies de twee problemen die artikel 918 door zijn eerste vermoeden (zie hoger nr. 417) heeft willen uitschakelen (vgl Piret-Pirson, *o.c.*, 286) en waarvoor het dus werd ingesteld!

Bijzonder verwarrend vind ik in dat verband de precisering die tot slot door het hof van Gent in zijn arrest van 7 november 1985 (gecit.; zie hoger nr. 434) werd aangebracht. Het hof had de toepassing van artikel 918 B.W. geweerd bij een verkoop met voorbehoud van vruchtgebruik, omdat de prijs die betaalbaar was na het overlijden, werd vastgesteld zonder rekening te houden met het voorbehoud van vruchtgebruik. Tot slot zegt het hof dan „dit alles sluit niet uit dat de litigieuze verkopen niet een onrechtstreekse schenking kunnen bevatten. Dit zou het geval zijn indien wordt aangetoond dat de overeengekomen som merkelijk lager is dan de werkelijke waarde van de goederen ten tijde van de verkoop en er tevens schenkingsdoeleinden bij de verkoper aanwezig waren, wat dit verschil betreft. Een dergelijk voordeel moet dan echter beschouwd worden als een gift gedaan zonder vrijstelling van inbreng, welke inbreng bovendien niet in natura dient te geschieden maar in waarde, nl. inbreng van een som gelijk aan het verschil tussen de werkelijke waarde van de verkochte goederen en de overeengekomen prijs'' (vgl. Du Faux, *o.c.*, 10).

Dit maakt het dan wel bijzonder ingewikkeld. Hoe zal immers in geval een prijs bedongen werd die niet als een redelijke tegenprestatie voor het goed in volle eigendom kan worden beschouwd, uitgemaakt kunnen worden wat de werkelijke bedoeling van de partijen was. Nochtans is het verschil in gevolgen belangrijk. Zo blijkt dat de prijs wel als een tegenprestatie voor de volle eigendom was bedoeld maar uit vrijgevigheid zo laag bedongen werd, gaat het om een onrechtsteekse schenking als voorschot op erfdeel van het verschil tussen een juiste prijs en deze gunstprijs.

Is men daarentegen van oordeel dat deze prijs zo laag werd gesteld omdat hij alleen als tegenprestatie voor de blote eigendom bedoeld was, dan is art. 918 B.W. van toepassing voor het geheel. Dit betekent dat we dan te maken hebben met een schenking buiten erfdeel van de volle waarde van het goed op het moment van overlijden!

Door de prijs betaalbaar te stellen bij overlijden is niet elke veinzing (o.m. wat het werkelijk presteren van de aleatoire tegenprestaties betreft) uitgesloten. Beter lijkt het mij daarom artikel 918 B.W. toch toe te passen maar het vermoeden dat geen tegenprestatie geleverd werd te beperken tot de aleatoire prestaties, niet tot de tegenprestatie in kapitaal, m.a.w. de theorie van de gemengde akte toe te passen.

g. Art. 918 B.W. en de aankoop op naam van de ouder voor het vruchtgebruik en op naam van de erfgerechtigde voor de blote eigendom

447. Aangenomen wordt dat in dat geval artikel 918 B.W. niet van toepassing is, zo bewezen is dat de erfgerechtigde zelf de aankoop van de blote eigendom heeft gefinancierd (Rb. Luik, 15 oktober 1982, niet gepubl., A.R. nr. 23.283/76, geciteerd door Delnoy, *o.c.*, *J.T.*, 1989, 326, nr. 20). Dan heeft hij immers rechtstreeks de blote eigendom van de verkoper verworven. Er is dus geen vervreemding door de ouder aan het kind, zodat aan de voorwaarden, die door het artikel gesteld zijn, niet voldaan is.

Aannemen dat ook in dit geval moet vermoed worden dat de ouder de totaliteit van de aankoopprijs heeft gefinancierd (Du Faux, Commentaar bij art. 918, *o.c.*, 23) lijkt mij een kringredenering. Pas wanneer vaststaat dat artikel 918 B.W. van toepassing is, kan het eerste vermoeden dat er in vervat is (zie hoger nr. 417) spelen. Bovendien is de fraude waarvoor men in het artikel beducht is, hier minder te vrezen. De betaling gebeurt aan een derde, die niet zo direct kan verdacht worden fictieve kwitanties te geven. Zo achteraf blijkt dat de ouder animo donandi het vruchtgebruik niet heeft uitgeoefend, schuilt hierin wel een schenking (van gemeen recht) van het vruchtgebruik.

448. Een nogal laconisch arrest van het hof van Antwerpen (12 maart 1985, *T. Not.*, 1987, 489; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 266) schijnt artikel 918 B.W. wel van toepassing te verklaren wanneer de financiering volledig door de ouder gebeurde, maar niet zo bewezen werd dat de kinderen op wier naam de blote eigendom werd aangekocht, voor een deel in de betaling waren tussengekomen. Een onderscheid dat reeds vroeger werd gemaakt (Cass., 23 december 1915, *Pas.*, 1917, I, 4; zie ook De Page, VIII/2, nr. 1459, A., 1628, voetnoot 2; Du Faux, H., „Art. 918 B.W. — Toepasselijk op aankoop door een ouder op zijn naam voor vruchtgebruik en op naam van het kind voor de blote eigendom?", *T. Not.*, 1985, 482-486).

Dit heeft te maken met wat door het hof als voorwerp van deze koopschenking werd beschouwd (zie hierover hoger nr. 169). Het was blijkbaar de mening toegedaan dat bij volledige financiering door de ouder, aan de kinderen de blote eigendom van het goed geschonken was. Een schenking van blote eigendom kan gelijkgeschakeld worden met een schenking onder voorbehoud van vruchtgebruik (zie vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 661, nr. 171), zodat er redenen waren tot toepassing van artikel 918 B.W. (vgl. Rb. Dendermonde, 24 januari 1931, *Pas.*, 1931, III, 128).

Nu bewezen was (en dat kon, zie hoger nr. 447) dat de kinderen een deel zelf betaalden, was het hof blijkbaar van oordeel dat de ouder de kinderen alleen maar bij de financiering van hun aandeel wilde helpen en het voorwerp van de schenking een som geld was, gelijk aan het verschil tussen de volledige prijs van de blote eigendom en het deel dat door de kinderen betaald was.

Deze schenking in volle eigendom (die diende tot mede-financiering van de aankoop van de blote eigendom van het goed) viel uiteraard niet onder toepassing van artikel 918 B.W. maar was aan het gemene recht onderworpen. Het hof besliste dat het ging om een schenking als voorschot op erfdeel, in te brengen door mindere ontvangst aan de waarde op de dag van de schenking.

Nu door het Hof van Cassatie (zie hoger nrs. 171 e.v.) aangenomen werd dat bij koop- schenking het voorwerp van de schenking niet het goed is, dat nooit tot het patrimonium van de schenker behoorde, maar wel de betaalde prijs, is dit onderscheid tussen het geval van volledige of gedeeltelijke financiering door de ouder, voorbijgestreefd. Bij aankoop van een goed door de ouder op eigen naam voor het vruchtgebruik en op naam van een erfgerechtigde voor de blote eigendom is dus art. 918 B.W. in geen van beide hypothesen meer van toepassing. De ouder heeft immers steeds alleen een som geld (ter financiering van de blote eigendom) geschonken in volle eigendom (zie nochtans Cass., 23 december 1915, *Pas.*, 1917, I, 4, dat aanneemt dat voorwerp van de schenking de prijs is die de ouder betaald heeft, maar deze zich zodoende het vruchtgebruik op dat kapitaal heeft voorbehouden!).

HOOFDSTUK V

BIJZONDERE SOORTEN GIFTEN

AFDELING 1

DE CONTRACTUELE ERFSTELLING

1) Beschikkingsbevoegdheid van de erfsteller

449. De bedongen erfstelling is een contract waarbij onder kosteloze titel beschikt wordt over zaken die deel zullen uitmaken van de nalatenschap. In tegenstelling tot een schenking onder de levenden (art. 943 B.W.) kan de bedongen erfstelling dus wel toekomstige zaken tot voorwerp hebben (Brussel, 26 maart 1985, *Pas.*, 1985, II, 98; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1987, 401, nr. 23 528).

450. Bedongen in een huwelijkscontract zijn contractuele erfstellingen onherroepelijk (of ten minste niet eenzijdig herroepelijk) in die zin dat de schenker niet meer om niet mag beschikken over de goederen die in de schenking begrepen waren, behalve over geringe bedragen, tot beloning of anderszins (art. 1083 B.W.; Brussel, 26 maart 1985, gecit.).

Het hof van Gent (19 juni 1985, *T. Not.*, 1986, 110) was dan ook terecht van oordeel dat een echtgenoot na (wat het interpreteerde als) een contractuele erfstelling van het vruchtgebruik over gans zijn nalatenschap (zie hoger nr. 332) nog geldig een schenking aan een derde kon doen, nu hij in die

schenking het vruchtgebruik had voorbehouden ten voordele van zichzelf en van zijn echtgenote.

Maar na een bedongen erfstelling bij huwelijkscontract van de ganse nalatenschap in volle eigendom, kan de erfsteller niet meer bij testament beschikken over bedragen, die rekening houdend met de totale waarde van de nalatenschap, niet als gering kunnen beschouwd worden. Dit druist niet alleen in tegen art. 1083 B.W. maar ook tegen art. 1134 B.W., overeenkomsten gelden tussen partijen als wet (Brussel, 26 maart 1985, gecit.).

Schenkingen of legaten met betrekking tot die goederen zijn nog wel mogelijk en kunnen effect sorteren, zo de bedongen erfstelling intussen vervallen is (Gent 10 april 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 208, nr. 23 579).

2) Gevolgen van de contractuele erfstelling na echtscheiding en scheiding van tafel en bed

451. Reeds in vorig overzicht (dit tijdschrift, 1985, 572 e.v.) werd uitgebreid ingegaan op de vraag naar de gelding van de contractuele erfstelling zo blijkt dat bij het overlijden van de eerste van de (ex-)echtgenoten het huwelijk reeds door echtscheiding ontbonden is, of de echtgenoten gescheiden zijn van tafel en bed. De verschillende opvattingen terzake werden er uiteengezet.

Ook in deze periode (Gent, 10 april 1986, gecit.) — en hoe kan het anders, gezien de stijging van het aantal echtscheidingen — kwam de aangelegenheid aan bod, en wel in haar meest delicate versie. De echtgenoten hadden immers niet expliciet, zoals nu gebruikelijk is, in hun huwelijkscontract bedongen dat de contractuele erfstelling geen gevolg zou hebben indien een van deze situaties zich intussen had voorgedaan. Het huwelijkscontract dateerde uit 1930 en het hof liet in het midden of de notaris deze clausule uit nalatigheid niet had opgenomen dan wel omdat er destijds twijfel bestond omtrent haar geldigheid.

In een overtuigend en omstandig gemotiveerd arrest verklaarde het hof de contractuele erfstelling vervallen omdat het aannam dat deze voorwaarde wel impliciet en stilzwijgend door de partijen bedongen was. Duidelijk geïnspireerd door Van Quickenborne (*A.P.R.*, v°, Contractuele erfstelling, (1ste uitg.), 1976, nr. 527; zie ook (2de uitg.), 1991, nr. 614) stelde het dat het hier om een interpretatiekwestie ging en de werkelijke toenmalige gemeenschappelijke bedoeling van de partijen moest nagegaan worden. „Ofschoon — aldus het hof (letterlijk Van Quickenborne overnemend) — men in de regel niet mag onderstellen dat de partijen de uitoefening van een recht van een bepaalde voorwaarde afhankelijk hebben gemaakt, indien zij daaromtrent niets bedongen hebben, wordt de situatie anders, indien het kwestieuze recht uiteraard en normalerwijze de vervulling van de bedoelde voorwaarde onderstelt. In dergelijke gevallen is er een feitelijk vermoeden dat het recht slechts voorwaardelijk werd toegestaan; en zal diegene die het tegendeel

beweert dit uit de aard van de zaak voortvloeiend feitelijk vermoeden moeten ontkrachten''.

Welnu de contractuele erfstelling tussen echtgenoten veronderstelt essentieel en normalerwijze dat het huwelijk door de dood ontbonden wordt. Zij wordt immers bedongen met de bedoeling de partner bij eigen vooroverlijden veilig te stellen. Het is dus op de eerste plaats als echtgenoot dat de insteller de ingestelde echtgenoot begiftigt; de affectio maritalis is zo niet de enige dan toch in elk geval de voornaamste reden van de beschikking.

Het hof was van oordeel dat daarom de beweerde erfgestelde echtgenote moest bewijzen dat het voordeel ook bedongen werd ingeval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed, zodanig dat ze er op grond van art. 300 B.W. aanspraak kon blijven op maken.

452. Dat de echtgenoten soms effectief gewild hebben dat de contractuele erfstelling ook na echtscheiding zou blijven gelden, is uitzonderlijk maar niet ondenkbaar. Ik denk aan het geval waar de contractuele erfstelling als compensatie werd bedoeld voor het aangenomen huwelijksstelsel, bv. de combinatie scheiding van goederen met een contractuele erfstelling (zie Puelinckx-Coene, „Op zoek naar de draad van Ariadne in het doolhof van beschikkingen tussen echtgenoten'', *T.B.B.R.*, 1992, (5-26) nr. 15). Bij echtscheiding blijft de keuze van het huwelijksstelsel gehandhaafd en krijgt het volledige uitwerking, het kan dus zijn dat het niet de bedoeling van de echtgenoten was dat in dergelijk geval de compensatie wel zou vervallen (Van Quickenborne, *o.c.*, (2de uitg.), nr. 614).

In casu was het hof van beroep van Gent van oordeel dat het bewijs niet was geleverd dat de uitzonderlijke situatie zich voordeed dat de echtgenoten ondanks de scheiding van tafel en bed het behoud van de erfstelling hadden gewild.

Aanduiding dat eerder het tegendeel het geval was, vond het hof in het feit dat de contractuele erfstelling zich beperkte tot het vruchtgebruik op de ganse nalatenschap. Het hof leidde daaruit af dat de echtgenoten alleen gewild hadden dat aan de langstlevende een eventueel groter vruchtgebruik dan dat voorzien in het oude artikel 767 B.W., zou toekomen; dat erfrechtelijk vruchtgebruik verviel precies in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed.

Het Gentse hof riep ook een tekstargument in. De contractuele erfstelling was immers gebeurd „met het oog op het huwelijk'' (zie nochtans Rb Luik, 1 februari 1974, besproken in vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 573).

Bovendien was het van oordeel dat aan de contractuele erfstelling geen draagwijdte mocht gegeven worden die de partijen er niet hadden willen aan geven en dat de partijen doodgewoon niet hadden gedacht aan een mogelijke echtscheiding of scheiding van tafel en bed.

453. Dit arrest van het hof van beroep van Gent noopt tot enkele nuance-

ringen. In principe en tenzij bewijs van een tegengestelde bedoeling, kan het verval van de contractuele erfstelling voorgestaan worden t.a.v. beide echtgenoten in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed en wel in de mate hierdoor de overgang wordt uitgesloten van de eigen goederen van de eerst gestorven echtgenoot en van de participatie in de aanwinsten die hij na de ontbinding van het huwelijk verwezenlijkt heeft. Dit zal het geval zijn zo de echtgenoten onder een gemeenschapsstelsel gehuwd waren. Dan hebben beide echtgenoten bij de vereffening en verdeling van hun huwelijksstelsel gedeeld in de aanwinsten die tijdens dat huwelijk verwezenlijkt werden. De contractuele erfstelling houdt dan een echte bevoordeling in waarvan men mag aannemen dat zij enkel door de echtgenoten werd bedoeld op voorwaarde dat de affectio maritalis tot aan het overlijden van de eerste van hen is blijven bestaan.

Zo evenwel de contractuele erfstelling bedoeld is als een compensatie voor het niet participeren in de gerealiseerde aanwinsten tijdens het huwelijk (als gevolg van het aanvaarden van een stelsel van scheiding van goederen), kan geen feitelijk vermoeden aanvaard worden dat de echtgenoten deze contractuele erfstelling hebben bedongen onder de voorwaarde dat het tussen hen totaan het overlijden van de eerste zou blijven goed gaan.

Het is zelfs onverantwoord in dergelijke situatie deze voorwaarde uitdrukkelijk te stipuleren, want dit leidt tot wat men in Nederland „de koude uitsluiting'' heeft genoemd (zie ook hoger nr. 117). Hier kan trouwens niet genoeg de nadruk gelegd worden op de verplichting van de notarissen hun cliënten te ondervragen over hun werkelijke bedoelingen.

Als oplossing om bij scheiding van goederen toch een participatie in de aanwinsten die tijdens het huwelijk gemaakt werden te organiseren, is het bedingen van een contractuele erfstelling trouwens niet meer aan te raden. Het is een oplossing die ontstond in een periode dat het huwelijk in de regel door de dood werd ontbonden (zie hierover uitgebreid, Puelinckx-Coene, *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1992, nrs. 15 e.v.).

454. Is, nu aangenomen wordt (zie hoger nr. 451) dat de affectio maritalis zo niet de enige dan toch de belangrijkste reden is voor de contractuele erfstelling, het niet gemakkelijker na echtscheiding of scheiding van tafel en bed het verval van deze bevoordeling te vorderen op grond van het verval van de oorzaak? Ik betwijfel het. Zoals hoger aangetoond (zie nr. 92) werd, werd door het Hof van Cassatie uitdrukkelijk gesteld dat de latere gebeurtenis die doet vermoeden dat het doorslaggevend motief voor het doen van de gift, niet langer aanwezig is, zich buiten de wil van de beschikker moet hebben voorgedaan.

Maar hoe dan ook, het lijkt mij wel moeilijk uitspraak te doen over de vraag in welke mate de „wil'' van de schuldig bevonden echtgenoot een rol gespeeld heeft in de wijziging van zijn gevoelens tegenover zijn partner.

3) Gerechtelijke herroeping wegens ondankbaarheid

455. Zie hierover hoger nr. 242.

4) Overgangsrecht

456. Nog heel wat echtparen hebben een contractuele erfstelling bedongen vóór het van kracht worden van de wet van 14 mei 1981, waardoor o.m. het beschikbaar deel tussen echtgenoten werd gewijzigd. Op grond van art. 35, lid 2 van deze wet worden zij, zo zij mekaar toen in hun huwelijkscontract begiftigden met het grootst mogelijk beschikbar deel, vermoed mekaar te hebben willen begiftigen met het nieuwe beschikbaar deel, zoals nu voorzien in art. 913 en 915 B.W., tenzij zij verklaren de oorspronkelijke gift te willen handhaven.

Men neemt aan dat dit vermoeden ook geldt zo de echtgenoten in de oorspronkelijke akte uitdrukkelijk de breukdelen preciseerden die vroeger voor dit grootst mogelijk beschikbaar deel golden, zelfs al hebben ze daarbij niet gesteld dat ze op die manier mekaar inderdaad het grootst mogelijk beschikbaar deel wilden vermaken (Verslag Cooreman, *Gedr.St.*, Senaat 1980-81, nr. 600/2, 46; zie hierover uitgebreid o.a. Puelinckx-Coene, „Beschouwingen bij het patrimoniaal statuut van de weduwe, tien jaar na de hervorming van het erfrecht van de langstlevende echtgenote", dit tijdschrift, 1991, (739-802), nrs. 53 e.v. en verwijzingen daar).

Men aanvaardt dat dit vermoeden ook toepasselijk is zo echtgenoten met kinderen uit een vorig huwelijk mekaar in toepassing van het oude artikel 1098 B.W. hadden begiftigd met 1/4 in volle eigendom of het minste kindsgedeelte. Dat was in die situatie toen het grootst mogelijk beschikbaar deel.

Dergelijk vermoeden is nochtans niet van toepassing zo de echtgenoten mekaar begiftigden met iets anders dan een toenmalig grootst mogelijk beschikbaar deel, als bv. vruchtgebruik op de ganse nalatenschap (Rb. Leuven, 27 maart 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 168; Puelinckx-Coene, *o.c.*, dit tijdschrift, 1991, 792).

De erfgestelde echtgenote beweerde in dat geval dat zij, nu ze kinderen uit een vorig huwelijk hadden, op die manier mekaar onrechtstreeks het grootst mogelijk beschikbaar deel van het oude art. 1098 B.W. hadden geschonken. Immers onder het oude recht moesten de kinderen uit het vorig huwelijk die weigerden deze te grote bevoordeling in vruchtgebruik uit te voeren, op basis van art. 917 B.W. (zie hoger nr. 412, voor de regeling nu, zie nr. 415) aan die stiefouder het grootst mogelijk beschikbaar deel overeenkomstig het oude art. 1098 B.W. in volle eigendom afstaan.

Deze echtgenote werd terecht door de rechtbank afgewezen; deze oordeelde dat het desondanks tussen de echtgenoten een schenking van het volledige vruchtgebruik gebleven was.

Een gelijkaardige houding wordt trouwens aangenomen inzake de kwalifi-

catie van dergelijk legaat. De keuze van de reservatairen het volledig beschikbaar deel in volle eigendom af te staan, i.p.v. een te groot legaat in vruchtgebruik, maakt van dit legaat geen algemeen legaat (Kluyskens, III, nr. 100).

Het was volgens het omstandig gemotiveerd vonnis van de rechtbank van Leuven ook irrelevant dat de waarde van dit vruchtgebruik, die bovendien alleen bij het overlijden kon worden vastgesteld, zou overeenstemmen met precies de waarde van het beschikbaar deel.

In het feit dat de beschikking alleen in vruchtgebruik gebeurde zag de rechtbank, vooral nu er kinderen waren uit een vorig huwelijk, een duidelijke aanwijzing dat de eerstgestorven echtgenoot de bedoeling gehad had de langstlevende alleen te laten genieten van de vroegere levensstandaard en het kapitaal te bewaren voor zijn kinderen. De vervanging van de bevoordeling in vruchtgebruik door een toebedeling gedeeltelijk in volle eigendom zou dus indruisen tegen de bedoeling van de erfsteller.

Het vermoeden van art. 35, lid 2 van de wet van 14 mei 1981 gaat uit van de vermoede werkelijke bedoeling van de erfsteller, wat dus een reden te meer was om dit artikel niet toepasselijk te achten.

AFDELING 2
DE ERFSTELLING OVER DE HAND

457. De dubbele beschikking waarbij goederen in eerste orde worden toebedeeld aan een bepaalde persoon (de bezwaarde), die deze goederen moet bewaren om ze bij zijn overlijden te laten toekomen aan een tweede begunstigde (de verwachter), houdt een verboden erfstelling in en is nietig voor het geheel (art. 896 B.W.).

Er moet dus aan drie voorwaarden voldaan zijn: een dubbele gift, bewaarplicht door de bezwaarde en overgang naar de verwachter bij het overlijden van de bezwaarde (Lorent, A., „L'usage de termes précatifs dans les dispositions fidéicommissaires'' in *Mélanges offerts à Robert Pirson*, (191-202), 195).

Dergelijke substituties vormden een steunpilaar van het Ancien Régime. Ze werden niet alleen door de revolutionaire wetgeving, maar ook door de Code Napoléon ten strengste verboden (art. 895 B.W.), wat blijkt uit de sanctie: de beschikking is nietig in haar geheel!

De materie is niet langer politiek geladen. Maar het verbod bleef behouden en het argument wordt geregeld ingeroepen wanneer de erflater een dubbele beschikking heeft gedaan, iets wat blijkbaar nog regelmatig gebeurt.

Er zijn nochtans drie gevallen waarin een dubbele beschikking geldig is.

Er is de jurisprudentiële uitzondering: het reeds besproken fideïcommis de residuo (zie hoger nr. 332) waar aan de bezwaarde geen bewaarplicht wordt opgelegd en waarvan de geldigheid (nu) door rechtsleer en rechtspraak algemeen wordt aanvaard.

Door de wet zelf wordt daarnaast uitdrukkelijk de mogelijkheid voorzien van een dubbel voorwaardelijk legaat (art. 898 B.W.) of van een dubbel legaat enerzijds in vruchtgebruik en anderzijds in blote eigendom (art. 899 B.W.).

De verboden substitutie onderscheidt zich van deze twee wettelijk toegelaten beschikkingen door het feit dat niet alleen tweemaal over dezelfde goederen wordt beschikt maar ook tweemaal over dezelfde rechten (Antwerpen, 18 februari 1987, *T.Not*, 1987, 385, noot E. Van Hove; Rb. Dinant, 28 april 1987, *Rev. Not. B.*, 1988, 433).

458. De bewoordingen waarin dubbele beschikkingen zijn opgesteld laten nochtans niet altijd toe meteen uit te maken of de erflater successief over dezelfde rechten heeft beschikt dan wel achtereenvolgens over twee verschillende rechten.

De geldigheid van dubbele beschikkingen werd in het verleden met wisselend succes bepleit (voor een overzicht van de oudere rechtspraak, zie de geciteerde noot van E. Van Hove).

Nu de historische en politiek geïnspireerde motieven van het verbod op de achtergrond zijn geraakt, lijkt de rechtspraak in de laatste jaren vrij mild geworden (op enkele uitzonderingen na, zie bv. Rb. Dinant, 4 november 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1976-77, 189, besproken in vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, nr. 111).

De beschikking werd meestal in een potius-ut-valeat interpretatie (art. 1157 B.W.) gevalideerd.

459. Ook in deze periode werd tot de geldigheid van de betwiste dubbele beschikkingen besloten, maar eerder op grond van de werkelijke bedoeling van de erflater (art. 1156 B.W.), die de rechter achter de dubbelzinnige of stuntelige bewoordingen van de erflater had weten te ontdekken, dan op grond van artikel 1157 B.W.

De ervaring heeft geleerd dat niet iedere erflater zich realiseert dat wanneer hij aan een bepaald persoon het vruchtgebruik legateert, hij meteen ook reeds de blote eigendom moet toekennen aan diegene aan wie hij na de dood van de vruchtgebruiker de volle eigendom wil laten toekomen. Er werd daarom nagegaan wat de erflater precies aan de eerste begunstigde wilde geven: alleen maar het genot van de goederen dan wel de volle eigendom.

In een eerste geval had (opnieuw) de rechtbank van Dinant (28 april 1987, gecit.) zich uit te spreken over een dubbele beschikking die in volgende bewoordingen was opgesteld: „Pendant sa vie, mon frère a le droit de jouir du reste de mon bien mais il ne peut rien vendre. A la mort de mon frère, mon bien revient à mes deux cousines''.

De rechtbank, die er van uitging dat de erflater niet aan elke term die hij gebruikt had, een preciese juridische betekenis had gegeven, oordeelde dat het hier ging om een toebedeling in vruchtgebruik en in blote eigendom (zie de krtitiek van Delnoy, *Chronique*, 300).

Tot een vrijwel gelijkaardig besluit kwam het hof van beroep van Antwerpen (18 februari 1987, gecit.) t.a.v. een (drie)dubbele beschikking.

De erflaatster had gesteld dat haar onroerend bezit in onverdeeldheid ter beschikking moest blijven van een derde maar dat het bij zijn overlijden en dat van haar rechtstreekse nakomelingen moest terugkeren naar haar bloedverwanten in de zijlijn.

Mede rekening houdend met extrinsieke gegevens (de derde had de aankoop van het goed gefinancierd) kwam het hof tot de plausibele bevinding dat de erflaatster hier op stuntelige wijze het vruchtgebruik van het onroerend goed aan de derde had toegekend en de blote eigendom ervan aan haar rechtstreekse nakomelingen. De bijkomende bedoeling van de erflaatster hierbij was dat, zo bij het overlijden van de derde haar rechtstreekse nakomelingen reeds overleden zouden zijn, het onroerend goed zou toekomen aan haar zijverwanten liever dan aan de erfgenamen van de derde.

Het hof oordeelde daarom dat bij gebreke aan opeenvolgende erfopvolging, essentieel kenmerk van een substitutie, de dubbele beschikking geldig moest verklaard worden.

460. Het hof Van Antwerpen (18 februari 1987, gecit.) preciseerde bovendien dat alhoewel de sanctie op een verboden substitutie de nietigheid is van de dubbele beschikking, dit niet impliceert dat de eventuele andere beschikkingen van het testament daardoor ook nietig zijn.

Dit zou, naar de algemene principes, alleen het geval zijn zo er dergelijke verknochtheid bestaat tussen de erfstelling en de andere bepalingen dat haar nietigheid de nietigheid van de rest moet impliceren.

AFDELING 3
DE OUDERLIJKE BOEDELVERDELING

1) Begripsomschijving

461. Bij een ouderlijke boedelverdeling verkavelt en verdeelt een ascendent (een deel van) zijn goederen tussen al zijn afstammelingen, bij akte onder de levenden of bij testament, (art. 1075 B.W; Rb. Tongeren, 1 februari 1991, *T.B.B.R.*, 1992, 435).

Zijn deze elementen aanwezig dan gaat het om een ascendentenverdeling, welke daarmee tegenstrijdige bedingen de partijen daarnaast ook bedongen hebben, als bv. een verwijzing naar art. 918 (Brussel, 19 november 1985, *J.T.*, 1987, 142; zie ook hoger nr. 442).

462. De ouderlijke boedelverdeling is het enige door de wet uitdrukkelijk alsdusdanig gewilde en georganiseerde instrument om juridische vorm te geven aan een familiale schikking. De ouder bepaalt zelf welk kind welke goederen krijgt, de andere kinderen moeten niet noodzakelijkerwijze gelijk-

aardige goederen krijgen en dienen zich soms zelfs, volgens de laatste rechtspraak terzake (zie hoger nr. 443), tevreden te stellen met alleen maar opleggelden. De bedoeling van de ouder is dan meestal dat deze regeling, die ze soms na lang overleg getroffen hebben definitief en onbetwistbaar zou zijn, maar dat is niet noodzakelijkerwijze verzekerd (zie hierover verder nrs. 468 e.v.).

463. Bij verdeling bij akte onder de levenden is de persoonlijke aanvaarding door elk kind afzonderlijk niet voldoende. Deze vorm van verdeling vereist de aanvaaarding door alle rechthebbenden en de medewerking van iedere partij aan de gehele rechtshandeling, dergelijke verdeling houdt immers in dat alle rechthebbenden haar bewerkstelligen (Brussel, 19 februari 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 74, noot H. De Decker).

2) Vormvereisten

464. Een ouderlijke boedelverdeling kan gebeuren ofwel bij schenking ofwel bij testament en met inachtneming van de daarvoor geldende vormen en voorwaarden (art. 1076 B.W.; Rb. Tongeren, 1 februari 1991, gecit.).

Zo de vormvereisten in zake schenking niet worden nageleefd is de ouderlijke boedelverdeling, net zoals een schenking nietig. In navolging van rechtspraak en rechtsleer (Cass., 4 juli 1851, *Pas.*, 1851, I, 345; Luik, 6 april 1927, *Pas.*, 1928, II, 20; *Rev. Prat. Not.*, 1928, 238 (implic.); Baert, G., *o.c.*, nr. 484; Sace, J., *Répertoire notarial*, v°, Partage d'ascendants, nr. 69) past de rechtbank van Tongeren (1 februari 1991, gecit.) artikel 1340 B.W. toe op een nietige ascendentenverdeling-schenking. Dit betekent dat de nietigheid absoluut is tijdens het leven van de ouder-schenker, terwijl ze na het overlijden van de schenker relatief wordt en dus kan bekrachtigd worden (zie ook hoger nr. 227).

Een conjunctieve ascendentenverdeling kan nochtans alleen maar na het overlijden van beide ouders bekrachtigd worden. Er werd dan ook door de rechtbank geen gevolg gegeven aan een overeenkomst, waarin een naar de vorm nietige ascendentenverdeling tijdens het leven van een van de schenkers op enkele uitzonderingen na werd bekrachtigd en die niet kon uitgevoerd worden zonder de verdeling en verkaveling toe te passen, die door de ouders werd gedaan (vgl. hoger nr. 228. Hier kan evenwel niet gepleit worden voor een geldige bekrachtiging van de schenking voor het gedeelte dat door de overleden ouder gebeurde. De conjunctieve ascendentenverdeling en de daarin voorziene verkaveling vormt immers een onsplitsbaar geheel; vgl. nr. 83).

3) Werking

465. Bij het overlijden van de ascendent moeten nog enkel de nagelaten goederen die niet in de ascendentenverdeling begrepen werden, verdeeld worden overeenkomstig de wettelijke bepalingen inzake de verdeling van

nalatenschappen (Brussel, 19 februari 1986, gecit.; Baert, G., *A.P.R.*, tw° Ouderlijke boedelverdeling, nr. 1).

De goederen die wel in de ouderlijke boedelverdeling betrokken werden moeten dus niet meer worden ingebracht. De inbreng gebeurt immers om tot de verdeling van de goederen te kunnen overgaan, maar hier is de verdeling reeds door de ouder gebeurd (Brussel, 19 november 1986, gecit.; Baert, *o.c.*, nrs. 684 e.v.; Dillemans, *Testamenten*, nr. 144, c).

Anderzijds wordt ook vrij algemeen aangenomen dat zij ook niet moeten worden aangerekend op het beschikbaar deel, want er is geen bevoordeling van het ene kind t.o.v. van het andere. In feite wordt aan de kinderen hun erfdeel toebedeeld. (Baert, *o.c.*, nr. 691; Dillemans, *o.c.*, nr. 144, C.).

Met de goederen die in de ascendentenverdeling begrepen werden, moet wel rekening gehouden worden bij de samenstelling van de fictieve massa en zij moeten aangerekend worden op het voorbehouden deel (Baert, *o.c.*, nrs. 688 e.v.).

466. In de praktijk wordt nogal eens in een akte die als ascendentenverdeling betiteld wordt en waarin ook effectief door een ouder wordt overgegaan tot de verdeling van (een deel van) zijn goederen onder al zijn kinderen, gepreciseerd dat dit gebeurt buiten erfdeel en met vrijstelling van inbreng.

Dit was bv. het geval in de akte die het hof van beroep van Brussel in het arrest van 19 november 1985 (*J.T.*, 1987, 142) te beoordelen kreeg. Daar was bovendien ook nog gepreciseerd dat een van de kinderen instemde met de schenking aan het andere kind en overeenkomstig art. 918 B.W. afstand deed er de inkorting van te vragen! Voorwaar van het goede teveel.

Het hof stelde vast dat alle constitutieve elementen van een ascendentenverdeling aanwezig waren en vondt de verwijzing naar art. 918 B.W. daarmee incompatibel. Zich beroepend op Baert was het hof evenwel van oordeel dat gezien de vrijstelling van inbreng, de goederen voorwerp van de ascendentenverdeling moesten aangerekend worden op het beschikbaar deel! Baert (*o.c.*, nr. 691) stelt: „Men zal zich door de in de akte van verdeling gebruikte bewoordingen niet mogen laten misleiden. Zelfs al staat daarin geschreven dat de schenking gedaan is bij gelijke delen, bij vooruitmaking en buiten erfdeel, met vrijstelling van inbreng moeten ondanks die bewoordingen, de verdeelde goederen toegerekend worden op het voorbehouden gedeelte en niet op het beschikbaar gedeelte als het blijkt dat dit de gevoelens van de ouder-boedelverdeler waren''.

In casu leek mij vooral duidelijk dat de ouder wilde dat de getroffen regeling definitief zou zijn. Of dat noodzakelijk impliceerde dat hij in casu wilde dat er aanrekening zou zijn op het beschikbaar deel (van 1/3), dat kleiner was dan het voorbehouden deel van (2/3), lijkt mij wel zeer de vraag.

467. In geval van testamentaire ouderlijke boedelverdeling komen de kinderen niet als legatarissen maar als erfgenamen tot de nalatenschap, zodat zij het testament van de ouder niet kunnen verwerpen zonder daardoor ook de

nalatenschap te verwerpen (Cass., 6 december 1985, *T. Not.*, 1987, 93; *J.T.*, 1987, 71; *Rev. Not. B.*, 1986, 257; Dillemans, *Testamenten*, nr. 144). Anders zouden de kinderen door enerzijds de verdeling te weigeren maar anderzijds toch hun ab intestato rechten op te eisen, elke inhoud kunnen ontnemen aan het recht van hun ouders om hun goederen onder hun kinderen te verdelen (Schicks, A. en Vanisterbeeck, A., IV, nr. 1025; De Decker, H., „Geldigheid en doelmatigheid van de testamentaire ascendentenverdeling die betrekking heeft op goederen, deel uitmakend van het gemeenschappelijk vermogen'', *T. Not.*, 1987, (81-92), 85).

Onder de oude wetgeving inzake huwelijksvermogensrecht werd daarom voor onmogelijk geacht dat een moeder haar aandeel in de gemeenschap in de ouderlijke boedelverdeling kon betrekken (Rb. Oudenaarde, 29 oktober 1884, *B.J.*, 1884, 1419; Rb. Gent, 15 december 1937, *T. Not.*, 1939, 38; Rb. Kortrijk, 27 september 1962, *R.W.*, 1964-65, 829; Gent, 27 januari 1984, *T. Not.*, 1987, 95; zie hierover uitgebreid De Decker, H., *o.c.*, *T. Not.*, 1988, 81 e.v.). De reden was niet dat zij niet bij testament over haar aandeel in de gemeenschap kon beschikken, oud artikel 1423 B.W. (nu art. 1424 B.W.) liet dit immers uitdrukkelijk toe, maar wel dat zodoende afbreuk werd gedaan aan het oude artikel 1453 dat van openbare orde was en aan de vrouw en aan haar erfgenamen de bevoegdheid verleende de gemeenschap te aanvaarden of daarvan afstand te doen.

Het Hof van Cassatie (6 december 1985, gecit., dat Gent, 27 januari 1984 casseerde) dacht er anders over. De erfgenamen van de moeder verloren niet de bevoegdheid om de gemeenschap, waarvan goederen in de verdeling betrokken waren, te verwerpen. De vereffening en verdeling van de gemeenschap ter gelegenheid waarvan deze optie moet gebeuren, gaat trouwens de vereffening en verdeling van de nalatenschap vooraf. Deze verwerping van de gemeenschap had wel gevolgen op de rechtsgeldigheid van de ouderlijke boedelverdeling, omdat er gemeenschapsgoederen in betrokken waren die nu niet meer aan de echtgenote toebehoorden, maar zij impliceerde niet dat de erfgenamen meteen ook de nalatenschap van hun moeder verwierpen (zie reeds het omstandig gemotiveerde Gent, 13 januari 1894, Pas, 1894, II, 261 en Baert, *o.c.*, nrs. 333 e.v.).

4) Gevaren

a. Art. 1078 B.W.

468. De ouderlijke boedelverdeling lijkt nochtans weinig voor familieschikkingen gebruikt te worden (zie de statistieken bij Renauld, J. (ed.), *Le statut civil du conjoint survivant*, 1984 e.v.) en dit omwille van de gevaren die er aan verbonden zijn. Een ouderlijke boedelverdeling is o.a. vernietigbaar zo de verdeling niet gemaakt is tussen alle kinderen (art. 1078 B.W.). Hierover maakte men zich vroeger niet al te veel zorgen. De ouder (of zijn notaris) moest maar zien dat al zijn kinderen in de verdeling betrokken werden en dat was gemakkelijk te realiseren.

Na de wet van 31 maart 1987 inzake de wijziging van het afstammingsrecht kan dit euvel zich wel gemakkelijker voordoen. Door die wet werden niet alleen de mogelijkheden tot juridische vaststelling van buitenhuwelijkse afstamming terdege uitgebreid maar bovendien moeten, gezien de principiële gelijkheid van alle kinderen ongeacht de wijze waarop hun afstamming werd vastgesteld, nu ook alle buitenhuwelijkse kinderen in de ouderlijke verdeling betrokken zijn (zie hierover uitgebreid en o.m. over de invloed van het onverwacht opduiken van een bijkomende afstammeling op reeds gedane ouderlijke verdelingen: Puelinckx-Coene, M., „Het nieuwe afstammingsrecht of de grote promotie van de buitenhuwelijkse verwanten'', dit tijdschrift, 1987, (1179-1254), 1243).

b. Art 1079 B.W.

469. Traditioneel was men vooral bezorgd om art. 1079 B.W. Op grond hiervan kan een ouderlijke boedelverdeling vernietigd worden bij benadeling van een van de deelgenoten voor meer dan 1/4. Gezien de mogelijks verschillende samenstelling van de kavels en gezien bij de beoordeling of er benadeling is, rekening moet gehouden worden met de waarde van de kavels op het ogenblik van het overlijden van de ouder en niet op het ogenblik waarop de schenking werd gedaan of het testament opgesteld (Baert, *o.c.*, nrs. 1003 e.v.; 1135 e.v.; Dillemans, *Testamenten*, nr. 150; zie de overvloedige verwijzingen bij De Decker, *o.c.*, 82, voetnoot 7), is nooit te voorspellen of zich in de tusssentijd geen grote waardeschommelingen zullen voordoen. Op die manier kan een oorspronkelijk perfect uitgebalanceerde ascendentenverdeling toch aanvechtbaar worden.

470. Aan de mogelijkheid een vordering op grond van art. 1079 B.W. te kunnen instellen, kunnen de kinderen niet tijdens het leven van de ouderverdeler verzaken, dit zou een beding zijn over een niet opengevallen nalatenschap.

Het hof van Brussel (19 november 1985, gecit.) was dan ook terecht van oordeel dat het feit dat een van de kinderen tijdens het leven van de ouder betaling had gevraagd van de oplegsom, die hem overeenkomstig de verdeling/schenking verschuldigd was, en deze som in ontvangst had genomen, geen geldige impliciete afstand inhield van zijn recht zich op eventuele benadeling te beroepen. Om te beginnen kon de vermelding op het kwijtschrift dat het ontvangen bedrag te beschouwen was als een voorschot op de door zijn broer verschuldigde som, niet bestempeld worden als een ondubbelzinnige afstand van dat recht en bovendien was dergelijke afstand slechts mogelijk na het overlijden van de ouder/schenker.

471. Of er benadeling is voor meer dan 1/4 moet bewezen worden door diegene die er zich op beroept. Voor deze vordering begint de termijn van tien jaar pas te lopen niet vanaf de dag van de verdeling-schenking, maar van

de dag van het overlijden van de ouder-boedelverdeler (Brussel, 19 februari 1986, gecit.).

5) Alternatieve procédés

a. Art. 918 B.W.

472. In de practijk werd vooral naar middelen gezocht om de vordering wegens benadeling buiten spel te zetten. Zo de ouders reeds tijdens hun leven de goederen althans in blote eigendom willen toebedelen trachten zij soms een regeling te treffen die onder toepassing valt van artikel 918 B.W., wat een meer definitief resultaat garandeert (zie hoger nr. 419).

Op deze mogelijkheid kan nochtans geen beroep gedaan worden zo het de bedoeling van de ouder is aan elk van zijn kinderen goederen toe te bedelen, waarbij dan eventueel oplegsommen worden bedongen ten laste van de kinderen die een kavel van hogere waarde hebben gekregen en ten voordele van de kinderen die een kavel van mindere waarde ontvingen, wat door de kinderen aanvaard werd. Dergelijke verkaveling door de ouder is een ascendentenverdeling zelfs al hebben partijen uitdrukkelijk bedongen in toepassing van art. 918 B.W. afstand te doen van hun recht eventueel inkorting te kunnen vorderen (Brussel, 19 november 1985, gecit.; zie ook hoger nrs. 442 e.v.).

Op artikel 918 B.W. werd de laatste tijd (Cass., 8 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1992, 579, met gelijkluidend advies van advocaat-generaal Piret; zie hoger nrs. 440 e.v.; Brussel, 19 november 1985, gecit.) wel met succes beroep gedaan zo de ouder (de blote eigendom van) een goed aan één kind heeft vermaakt en de kavels van de andere kinderen heeft opgevuld met opleggelden, die door het begiftigde kind moeten betaald worden (al dan niet bij het overlijden van de ouder), wat door alle partijen werd aanvaard.

Waar in dat geval de preciese scheidingslijn met de ascendentenverdeling ligt is mij niet meer zo duidelijk (zie ook hoger nr. 443). Vooral in deze situatie is nochtans het gevaar voor uiteindelijk zeer ongelijke kavels mogelijk. De opleggelden worden immers meestal bepaald rekening houdend met de waarde van het goed op het moment van de schenking. Daar de schenking in blote eigendom gebeurt, moeten de opleggelden ook veelal pas bij het overlijden betaald worden aan (zo niets anders bedongen wordt) het destijds vastgesteld nominale bedrag. Op die manier wordt dan wel de oorspronkelijk gerealiseerde en meestal ook door de ouder gewenste gelijkheid tussen de kinderen verbroken.

De vordering wegens benadeling wordt in de praktijk misschien wel als hinderlijk ervaren maar ze waarborgt in dergelijk geval wel beter de gelijkheid onder de kinderen. Anderzijds wordt niet noodzakelijkerwijze de toebedeling van de goederen in vraag gesteld, het overbedeelde kind kan steeds de herverdeling beletten door aan het benadeelde kind uit te betalen wat aan diens erfdeel ontbreekt (art. 891 B.W.).

Het kost wat kost zoeken naar een definitieve onaanvechtbare regeling heeft dus soms wel zijn schaduwzijden.

b. De dubbele akte

473. Een andere manier om de gevaren van artikel 1079 B.W. te ontwijken wordt gezocht in het procédé van de dubbele akte. Over het gebruik van dit procédé is de rechtsleer (zie De Wulf in Weyts, L. (ed.), *De schenkingsakten*, nrs. 82 e.v. en verwijzingen daar; zie ook De Decker, *o.c.*, 87) wel sceptischer dan de rechtspraak die de geldigheid ervan aanvaardt (zie voor deze periode Antwerpen, 25 juni 1986, *T.B.B.R.*, 1988, 78, noot H. De Decker; *T. Not.*, 1987, 451; *J.T.*, 1988, 557; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1988, 393, nr. 23764).

Bij een dubbele akte schenkt de ouder zijn goederen in onverdeeldheid aan al zijn kinderen, die allemaal een gelijk deel krijgen in deze onverdeeldheid (zodat ook de gewone vordering tot inkorting niet kan ter sprake komen; Raucent, L., „Partage d'ascendant et procédés parallèles'', *J.T.*, 1964, 274). Daarop verdelen de kinderen deze onverdeelde goederen onder elkaar. Men zegt dat de ouders dan in plaats van hun gezag te laten gelden, er juist afstand hebben van gedaan (Baert, *o.c.*, nr. 85).

De geldigheid van deze „kinderlijke'' verdeling en m.n. de vraag of er geen benadeling is voor meer dan 1/4 (sanctie die ook openstaat voor gewone verdelingen, art. 887 B.W.), moet dan enkel beoordeeld worden op het ogenblik van de verdeling onder de kinderen.

Het definitieve karakter van de regeling is op die manier meestal gewaarborgd. Baert zegt (*o.c.*, nr. 1238): „Met die werkwijze heeft de praktijk tegen de (blijkbaar onjuiste) rechtspraak in, bereikt wat de ouderljke boedelverdeling bij akte onder de levenden moet zijn: een beschikking die onmiddellijk en voor altijd, volkomen van kracht is''.

474. Het gebeurt nochtans regelmatig dat deze beide rechtshandelingen (schenking door de ouder enerzijds, en verdeling door de kinderen anderzijds) in éénzelfde akte worden opgenomen.

De vraag is dan wel in welke mate de verdeling onder de kinderen niet overeenkomstig de instructies van de ouder gebeurde — en dikwijls is dit ook de bedoeling — zodat het eigenlijk toch weer om een ascendentenverdeling gaat.

Zowel het hof van beroep te Brussel (19 februari 1986, gecit.) als het hof van beroep te Antwerpen (25 juni 1986, gecit.) hadden zich in de te bespreken periode over de scheidingslijn tussen beide procédés uit te spreken. Beide hoven hanteerden het intussen wel traditionele criterium: is de verdeling al dan niet gebeurd onder het gezag van de ouders, zodat de goederen in werkelijkheid door hen verkaveld en verdeeld werden, of hadden de kinderen zelf vrij beslist wie wat kreeg (zie ook Baert, *o.c.*, nrs. 86 e.v. en verwijzingen daar; Sace, *Partage d'ascendant*, nr. 41).

Of de dubbele akte al dan niet een ascendentenverdeling inhoudt is dus een

feitenkwestie en dat is meteen ook de zwakte van dat procédé (Thuysbaert, P., „Partage d'ascendants. Peut-on prévenir les actions contre le partage d'ascendents?'', *Ann. Not.*, 1957, 73). Men weet niet met zekerheid wat bij betwisting het oordeel van de rechter zal zijn.

Toch zijn er wel enkele aanduidingen in de rechtspraak. Zo wordt meer en meer aanvaard dat het loutere feit dat schenking en verdeling in één en dezelfde akte gebeurden, de ouder ook tijdens de verdeling aanwezig was en achteraf die ene akte ondertekende, niet voldoende is om het geheel als een ouderlijke boedelverdeling te bestempelen (Rb. Brussel, 24 december 1964, *Rev. Prat. Not.*, 1965, 421, noot F.L.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1968, 109, nr. 23553; Baert, *o.c.*, nr. 85; contra: Sace, *o.c.*, nr. 41).

Ook het hof van Antwerpen was van die mening en motiveerde dat de ouders alleen maar gedurende de ganse regeling aanwezig gebleven waren omdat precies beide rechtshandelingen in één en dezelfde akte werden opgenomen, maar daar wel twee duidelijk onderscheiden delen van uitmaakten. Daarom moesten de ouders ook noodzakelijkerwijze de akte in haar geheel ondertekenen, maar dit veranderde de aard van de rechtshandeling niet. Het hof vond al evenmin doorslagevend dat een van de kinderen verklaard had dat de verdeling gebeurde in overeenstemming met de wensen van de ouders.

Het hof van Brussel (19 februari 1986, gecit.) kwam daarentegen terecht en in tegenstelling tot de eerste rechter, tot een ander besluit. Niet zozeer omdat de akte door de partijen als schenking-verdeling betiteld was (de naam die partijen er aan geven is immers onbelangrijk: Luik, 2 december 1941, *Pas.*, 1942, II, 64; *Rev. Prat. Not*,, 1943, 521; Baert, *o.c.*, nr. 87), maar vooral omdat herhaald werd gepreciseerd dat de de verdeling met de medewerking en de deelneming van de vader gebeurde en de toewijzing van de kavels met toestemming van alle partijen was geschied. De materiële bedingen van de akte waren dus volkomen in eenklank met haar betiteling.

AFDELING 4
DE STICHTING

475. Overeenkomstig art. 27 van de wet van 27 juni 1921 op de V.Z.W.'s en de instellingen van openbaar nut is het mogelijk bij schenking of bij testament een stichting in het leven te roepen. Deze verwerft, mits goedkeuring naderhand door de regering, rechtspersoonlijkheid.

Een persoon die een stichting in het leven wil roepen, moet (een deel van) zijn goederen bestemmen voor een onbaatzuchtig doel op het gebied van philanthropie, godsdienst, wetenschap, kunst of opvoedkunde. Op die manier wordt een bepaald vermogen tot juridisch persoon verheven.

Het gaat hier nochtans niet om een schenking of een legaat (*R.P.D.B.*, tw° Etablissements publics et d'utilité publique, nr. 119). Aan de stichting wordt in de schenking of in het testament niets gegeven, zij wordt er in opgericht.

Uit de tekst van art. 27 blijkt trouwens duidelijk dat eerst een vermogen moet afgezonderd worden opdat er een rechtspersoon zou kunnen ontstaan en dat niet omgekeerd eerst een rechtspersoon wordt opgericht, waaraan dan een vermogen gegeven wordt.

We staan hier dus werkelijk voor een bijzondere soort van gift (zie De Jong, „Het in het leven roepen van een stichting bij testament'', in *Het testament, W.P.N.R.*, feestbundel, 1951, (108-115) en het daar (p. 110) geciteerde, terzake zeer expliciete, (oude) arrest van de Hoge Raad van 20 november 1896).

476. Men kan dus eigenlijk niet beweren (zie ook hoger nr. 336) dat de stichting een uitzondering vormt op artikel 906 B.W. dat vereist dat de begiftigde of de legataris moet bestaan op het moment van de gift. De stichting is noch een begiftigde noch een legataris.

477. Art. 28 laatste lid stelt dat indien de stichting tot stand wordt gebracht bij testament, de erflater een testamentuitvoerder met bezitsrecht kan benoemen om zijn inzichten ten uitvoer te brengen.

De vraag is dan wel wat minimaal door de erflater zelf moet geregeld zijn opdat van een geldige oprichting bij testament sprake kan zijn. Aan de basis van de stichting moet immers de wil van de stichter liggen. Deze roept haar niet alleen in het leven maar dient haar werking te inspireren in haar ganse verdere onbeperkte bestaan.

Door de rechtsleer worden vier minimumeisen gesteld (*R.P.D.B.*, gecit., nr. 117 en 128; vgl. Velge, H., *Associations et fondations en Belgique. Histoire et théories*, Brussel, 1942, nr. 112).

Er moet om te beginnen vaststaan dat de erflater de bedoeling had een stichting in het leven te roepen, hij moet de goederen aanduiden die hij hiertoe wil bestemmen, het doel aangeven en dat moet kaderen binnen de kategorieën door de wet vooropgesteld en hij moet tenslotte minstens één beheerder aanduiden.

De overheid volgt de rechtsleer hierin en past ter gelegenheid van het verlenen van de vereiste goedkeuring deze regel sinds geruime tijd toe (K.B. 30 juni 1961, *B.S.*, 14 juli 1961).

De overheid heeft er bovendien geen bezwaar tegen dat de testamentuitvoerder de statuten vervolledigt (K.B. 14 november 1939 inzake dossier S 11461 van het Bestuur der Erediensten, Giften, Legaten en Stichtingen van het Ministerie van Justitie) of clausules die niet voldoen aan de wettelijke vereisten rechtzet (K.B. 2 mei 1957, *B.S.*, 8 mei 1957).

478. Deze minimale criteria werden nu ook door de burgerlijke rechter aanvaard en op een toch bijzonder soepele wijze toegepast (Brussel, 20 mei 1983, *Rev. Not. B.*, 1988, 161).

Het hof was, in tegenstelling tot de eerste rechter, van oordeel dat volgende

clausule een geldige stichting bij uiterste wil impliceerde: „Je souhaite qu'un fonds portant mon nom soit constitué, géré par le légataire, dont les revenues seront distribués aux oeuvres qu'il choisira, à charge pour celles-ci de se souvenir de moi et de mes parents dans leurs prières''.

Aan het eerste (de wil een stichting in het leven te roepen) en vierde (aanduiding van één beheerder) vereiste was inderdaad voldaan. Maar men moet toch toegeven dat de testatrice heel wat minder precies was over de doelstelling van de stichting en over de goederen die er voor bestemd waren.

Dit was nochtans niet de mening van het hof.

De erflater had nog een bijzonder legaat vermaakt en bepaalde specifieke goederen aan de algemene legataris toegewezen. Dus was het hof van oordeel dat uit de rest van het testament bleek — wat ook door de erfgenamen werd erkend — dat alle andere goederen aan het fonds moesten toekomen.Ook het doel scheen voor het hof voldoende omschreven ondanks de ruimte die terzake aan de algemene legataris was gelaten. Door te preciseren dat de te steunen werken haar en haar ouders via gebeden moesten gedenken, bleek volgens het hof dat het fonds alleen werken van godsdienstige inspiratie mocht steunen. De categorie van de te begunstigen werken was dus eveneens bepaald (zie nochtans Brussel, 19 januari 1973, dat Rb. Brussel, 23 mei 1971 bevestigt, *Rev. Not. B.*, 1973, 136 en besproken in het vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 616, nr. 102, waar terloops gesteld werd dat een beschikking ten voordele van een katholiek werk onvoldoende bepaald was).

De erflaatster had, aldus het hof, door aan haar algemene legataris, binnen het door haar aangeduide kader, de keuze van de te steunen werken over te laten niets anders gedaan dan hem te belasten met de ten uitvoerlegging van haar inzichten. Dit kon overeenkomstig art. 28 aan een testamentuitvoerder opgedragen worden!

479. Deze laatste overweging herinnert aan de jongste houding t.a.v. legaten met keuzeverlening (zie hoger nr. 345) waar een keuze ex certis personis geacht wordt alleen maar de uitvoering te zijn van de wil van de erflater zelf (alhoewel het hof met klem weigert in de clausule een legaat met keuzeverlening te zien). Onder die voorwaarde wordt de geldigheid van het legaat met keuzeverlening meer en meer aanvaard, zeker zo het gaat om een legaat in de caritatieve sector.

Deze uitspraak (zie ook hoger nrs. 272 en 333, en vorig overzicht, dit tijdschrift, 1985, 615, nr. 101) is een typevoorbeeld van de welwillendheid waarmee de rechtspraak onhandige en juridisch minder onderlegde erflaters ter hulp komt. Voorwaarde is wel dat de rechter ervan overtuigd is — wat hier uitdrukkelijk door het hof wordt vastgesteld — dat op de testator niet de minste verdenking rust de wet te willen ontduiken en onbekwamen te willen bevoordelen.

Maar waren hier de inzichten van de erflater met voldoende precisie bekend?

Men krijgt toch wel de indruk dat aan de beschikking kost wat kost uitwerking gegeven werd.

Trouwens de juiste draagwijdte van de beschikking was blijkbaar ook de algemene legataris ontgaan. In plaats van over te gaan tot de concrete realisatie van de stichting, had hij samen met zijn vrouw en zijn zoon een V.Z.W. opgericht onder de benaming Fonds S.J. (naam van de erflater) met een veel ruimere doelstelling dan door het hof weerhouden was.

De algemene legataris werd hiervoor trouwens terloops door het hof op de vingers getikt.