

OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1961-1964)

SCHENKINGEN EN TESTAMENTEN

door

Roger DILLEMANS

Gewoon Hoogleraar aan de Katholieke Universiteit te Leuven

INHOUD

Hoofdstuk I. Oorzaak en voorwaarden (1-12).

1-8. Giften aan een bijzit. — 9-12. Ongeoorloofde voorwaarden.

Hoofdstuk II. De toestemming (13-22).

13-18. Gezondheid van geest. — 19-22. Captatie en suggestie.

Hoofdstuk III. De vorm van de testamenten (23-32).

23-25. De dagtekening in het testament. — 26-27. Hulp van een derde bij de opstelling van een eigenhandig testament. — 28-29. Aanbieding aan de voorzitter van de rechtbank. — 30. Besloten testament. — 31. Bekrachtiging van een wegens vormgebrek nietig testament. — 32. Het dictee bij het notarieel testament.

Hoofdstuk IV. Inhoud en uitvoering van testamenten (33-46).

33-35. Honorarium van de testamentuitvoerder. — 36. Het testament-transactie. — 37. — Kwijtschelding van schuld in testament. — 38-39. Legaat van een vruchtgebruik. — 40-41. Aanvaarding van legaten. — 42. Commorientes. — 43-46. Interpretatie van een testament.

Hoofdstuk V. Schenkingen onder de levenden (vorm) (47-56).

47-48. Aandelen. — 49-50. Lijfrente. — 51. Postoverschrijving. — 52. Handgift op termijn. — 53. Bewijs van een vermoede schenking. — 54. Schatting van het geschonken voordeel bij verkoop met optie. — 55. Schenking met last. — 56. Koop-schenking : schenking van het goed of van de prijs.

Hoofdstuk VI. Voorbehouden en beschikbaar gedeelte (57-63).

57-58. Inkorting van schenkingen aan reservataire. — 59. De fictieve massa van berekening. — 60. Het geadopteerd kind en de toepassing van artikel 1098 B.W. — 61. Beding van overname. — 62. De artikelen 1099 en 1100 B.W. (schenkingen aan tussenpersonen) zijn ook op legaten van toepassing. — 63. De toepassing van artikel 918 B.W. op gemengde rechtshandelingen.

HOOFDSTUK I

OORZAAK EN VOORWAARDEN

I - GIFTEN AAN EEN BIJZIT. — Het is onmogelijk in het bestek van deze bijdrage dit delicate vraagstuk in al zijn aspecten te onderzoeken aan de hand van de recente uitspraken die volgden op het beginselarrest van het hof van cassatie van 13 november 1953 (*R.C.J.B.*, 1954, 5).

En trouwens overbodig, vermits de standpunten van onze verdeelde rechtsleer duidelijk vervat liggen in de studies van J. Dabin (*R.C.J.B.*, 1954, 7-21) en R. Spilman (*J.T.*, 1954, 168) bij genoemd arrest, in de behandeling van De Page wiens *Traité* in zijn nieuwste uitgave (VIII^e, 1962, nr. 256) een spectaculair gewijzigde visie brengt en in de magistrale ontleding door J. G. Renauld van het arrest van het hof van beroep te Brussel dd. 10 januari 1962 (*J.T.*, 1963, 208).

Het cassatie-arrest heeft twee kwesties uitgemaakt. Het volstaat dat één van de aanwezige determinerende drijfveren van de schenking ongeoorloofd is opdat de schenking nietig zou zijn.

En onder deze ongeoorloofde drijfveer *in casu* dient verstaan, volgens het hof, de wil om schuldige betrekkingen te doen ontstaan, in stand te houden of te belonen.

2 - a) De eerste regel, — betwist door De Page (*l.c.*), verantwoord door Dabin (*art. cit.*, blz. 19-20) — werd toegepast in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Charleroi dd. 8 april 1958 (*Pas.*, 1961, III, 37; *Réc. gén. enreg.*, 1963, 378) en, recentelijk, in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dd. 17 mei 1963 (*R.W.*, 1962-63, 2109). De situatie die het cassatiehof beoogde was die van meerdere elk voor zichzelf determinerende drijfveren (zoals het geval van het arrest dat door het hof van cassatie werd verbroken, nl. van een bijzit, die tevens de rol van secretaresse vervult...). Wanneer de rechter vindt dat de determinerende drijfveer een geoorloofde is, hoewel in aanwezigheid van ongeoorloofde motieven, die echter bijkomstig zijn, dient hij tot de geldigheid van de beschikking te besluiten (*sic* zelfs Dabin, *art. cit.*, blz. 19).

3 - Aldus ook een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (2 maart 1964, *R.W.*, 1963-64, 1522). Een gepensioneerd zeeofficier, 65 jaar oud, en een weduwe, van 54, leren elkaar kennen. Hij had gevaren en pas voor goed op rust aan wal werd hij weduwnaar. Tot een huwelijk kwam het niet wegens *verzet* van zijn dochter. „Van hen kan niet meer beweerd worden”, meent de rechtbank, „dat hartstocht en drift de drijfveer vormden van hun wederzijdse betrekkingen”; zij hebben „hoofdzakelijk genegenheid en troost gezocht” bij elkaar. „Overwegende dat, indien zij *concubuissent* — loutere voorwaardelijkheid — dit voor de overledene hoogst bijkomstig moet geweest zijn, gezien de leeftijd van beiden; dat de wederzijdse drijfveer enkel is geweest een wederzijdse genegenheid spruitende uit een gemeenzame lotsbestemming die zij verder wilden delen”.

Men ziet het reeds: in de feiten lijkt de aangegeven regel van het cassatiehof niet goed aanwendbaar: niet alleen omdat de situatie van meerdere *determinerende* motieven veelal denkbeeldig is, en misschien zelfs een tegenstrijdigheid inhoudt (De Page, *l.c.*; — Brussel, 22 februari 1956, *J.T.*, 1956, 424), maar vooral omdat onvermijdelijk de andere motieven toch ook verband houden met het soort verhouding die tussen schen-

ker en begiftigde bestaat, die een louter functionele en neutrale kan zijn (het geval van de secretaresse — en dan nog : in onze tijd wordt dit soort arbeid anders beloond!), maar meestal een para-familiaal of sentimenteel karakter heeft. En dan is het rechtstreeks met de tweede (hoger aangegeven) regel dat de rechter te maken heeft.

4 - b) Vooreerst moet de ongeoorloofde verhouding vaststaan. Het bewijs daarvan kan met alle rechtsmiddelen worden geleverd (De Page, *l.c.*).

Niet alleen de overspelige, maar eveneens de verhouding buiten-huwelijk dient als dusdanig te worden aangezien (Rb. Charleroi, 8 april 1958, *Pas.*, 1961, III, 37).

5 - Blijft de vraag wat een ongeoorloofde verhouding impliceert. Is vereist dat het bewijs worde geleverd van sexuele relaties in een bepaalde periode rond het maken van de gift, of is de *cohabitation* voldoende om de gift te doen nietig verklaren?

Cohabitation is ongetwijfeld geen noodzakelijke voorwaarde. Voldoende is dat twee personen *samenleven als man en vrouw* (Brussel, 10 januari 1962, *J.T.*, 1963, 208).

Enkele recente arresten schijnen, in tegenstelling met het hoger aangehaald vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, te aanvaarden dat cohabitation op zichzelf de ongeoorloofde verhouding uitmaakt (Luik, 31 maart 1954, *Pas.*, 1955, II, 27; — Brussel, 7 december 1962, *gecit.*; — Brussel, 13 maart 1964, *J.T.*, 1964, 332). Maar telkens wordt aangenomen dat deze betrekkingen gedurende een zekere periode hebben plaatsgevonden en — onvrijwillig — werden gestaakt (gevangenis, ziekte, hoge leeftijd) vóór het ogenblik waarop de gift werd gedaan.

In die zin lijkt het ons, moet de uitspraak van het hof te Brussel (7 december 1962, *gecit.*) worden verstaan : „Qu'il importe d'ailleurs peu de savoir si lesdits intéressés entretenaient encore en 1953 des relations sexuelles, la règle morale ne réprouvant pas seulement pareilles relations hors mariage, mais encore la cohabitation des concubins comme s'ils étaient mari et femme". In dit laatste ligt ongetwijfeld het decisieve element. Hoewel de sexuele omgang niet hoeft te bestaan op het ogenblik van de gift (zie trouwens de bepaling van het hof van cassatie), impliceert het concubinaat meer dan de cohabitation. En dan kan de kwalificatie van de rechtbank van Antwerpen daarmee overeenkomen, volgens dewelke in elk geval het concubinaat — etymologisch gezien al — „noodzakelijkerwijze minstens een zweem van hartstocht in sexualiteit buiten het huwelijk" inhoudt (in dezelfde zin, Brussel, 8 oktober 1963, *Rev. prat. not.*, 1964, 27). Volgens dit geldig criterium en rekening houdend met de zeer bijzondere gegevens — hoger aangehaald — van het geval, kan men dan de uitspraak van de rechtbank te Antwerpen als een grensgeval begripen.

6 - Anderzijds is het bestaan van deze verhouding tussen schenker en begiftigde niet voldoende om de gift nietig te verklaren. Vereist is precies,

zoals in de regel van het hof van cassatie wordt bepaald, dat de gift het ontstaan, het in stand houden of het belonen van deze verhouding beoogt, m.a.w. dat er tussen beide, de situatie en de gift een band van oorzakelijkheid gevonden wordt — hetgeen uit het oog blijkt te zijn verloren door het hof van beroep te Brussel dd. 7 december 1962 (*J.T.*, 1963, 206, met noot J. G. Renauld). Het volstaat dat dit verband van psychologische aard is en bestaat in de geest van de schenker (Rb. Antwerpen, 17 mei 1963, *R.W.*, 1962-1963, 2109).

7 — Het basisprobleem van deze materie is gelegen in de kwalificatie van de band die moet bestaan tussen gift en verhouding, om de eerste te doen vernietigen. Volgens de nieuwe stellingname van De Page, is een gift tussen concubijnen enkel nietig wanneer zij het *pretium stupri* uitmaakt, i.a.w. de *donation-marché*, waarmee de gunsten van de bijzit verworven of behouden worden, een overeenkomst onder bezwarende titel haast, die dan ongeldig is — maar alleen zij — omdat zij de menselijke persoon tot voorwerp heeft (De Page, o.c., nr. 256, blz. 347-348; — Spilman, noot gecit.).

De rechtspraak is ongetwijfeld in haar geheel in de arresten van 1953 en later trouw gebleven aan een traditionele opvatting, die in de bewoordingen van het arrest van 1953 een precisering kreeg (zie nochtans verder Brussel, 10 januari 1962, *J.T.*, 1963, 208).

8 — De casuïstiek behoudt daarbij nochtans nog een brede mogelijkheid i.v.m. de giften nl. *ter beloning* van vroegere ongeoorloofde verhoudingen, waarmee de meeste uitspraken te maken hebben. Verregaand in die zin was de mildheid van het hof van beroep te Brussel in het reeds aangehaalde arrest van 10 januari 1962 : na 25 jaar intieme relatie met een persoon van lagere sociale rang, legateert een in aanzien staand edelman een deel van zijn goederen aan zijn bijzit. In de verwarde argumentatie van het hof blijken tal van overwegingen te hebben doorgewogen en o.m. : dat met de tijd deze vereniging een meer ... verheven en duurzaam karakter kreeg, dat de testator om bepaalde redenen geen genegenheid kon voelen voor zijn eigen familieleden, dat — beiden waren ongehuwd — het huwelijk door de man alleen was geweigerd omwille van het verschil in sociale status, dat de *decujus*, gehoorzaamend aan een *gewetensplicht*, en *quelque sorte* het nadeel wenste goed te maken dat er voor de bijzit zou hebben in bestaan geen ... normaal gezin te hebben kunnen stichten (de droom van elke jongedame, stipt het hof aan), dat het legaat tevens ook bestemd was 38 jaar toewijding te vergoeden (*dette morale*), tenslotte dat het legaat een treffelijk bestaan moest verzekeren aan de bijzit, die dank zij de testator gedurende zo lange jaren een welgesteld bestaan kon leiden.

„Ces circonstances excluent que la libéralité ait constitué le *pretium stupri*” besluit het hof. In zijn strenge commentaar bij het arrest kan Prof. Renauld de uitspraak alleen maar verklaren als zijnde ingegeven door menselijke redenen omwille van het zeer uitzonderlijk karakter van het

geval, hetgeen door het hof trouwens wordt onderlijnd : „dans certains cas comme celui-ci”...

Want een juridisch steekhoudende verantwoording kan de commentator inderdaad niet vinden in de aangehaalde motivering. Het legaat kan bezwaarlijk als een waarachtige *vergoeding* gelden : de aangebrachte schade wordt te vaag omschreven, aan de subjectieve beoordeling van de testator overgelaten (*un devoir de conscience*) en er wordt niet duidelijk gezegd dat er *fout* of *misbruik* van de testator in het spel zou zijn geweest. De idee van bijstand en gift tot onderhoud is hier evenmin op haar plaats : zij veronderstelt een werkelijke nood (zie referenties in de noot Renauld).

Het hof te Brussel heeft het evenmin gewaagd, vast te stellen dat in de verhouding „geen zweem van hartstocht in sexualiteit” was, of dat deze geen determinerend motief betekende (cfr. Rb. Antwerpen, 2 maart 1964 R.W. 1963-64, 1522); alleen hield het voor dat de betrokkenen bezielde waren met gevoelens „qui ne sont pas uniquement dictés par la sexualité et que ces sentiments d'un ordre supérieur les déterminent à se faire des dons ou des legs”.

Wij twijfelen er uiteindelijk niet aan dat *in casu* het legaat bedoeld was als een *beloning* voor het concubinaat als dusdanig, die het hof, omwille van de uitzonderlijke elementen van het geval (en de verheven gevoelens, le *désintéressement* van de testator), niet als een *pretium stupri* kon aanzien en dus ... niet als ongeldig. Daaraan is het onderwijs van De Page blijkbaar niet vreemd. Daartegenover verwijst de commentator naar de klassieke doctrine en de leer van Dabin : „on ne (peut) trouver dans la prise en considération par le disposant d'un fait illicite ou immoral, une justification valable de l'aliénation qu'il consent”.

9 - ONGEORLOOFDE VOORWAARDEN. — De evolutie van de rechtspraak inzake de toepassing van het *politieke* artikel 900 is bekend. Wanneer een gift vergezeld is van een ongeoorloofde voorwaarde, wordt de voorwaarde als niet geschreven beschouwd, maar de gift blijft bestaan. Een waarachtige burgerrechtelijke straf dus, die een radicale uitzondering constitueert op het gemeen recht (art. 1172). De moderne rechtsleer en rechtspraak heeft zich losgemaakt van een letterlijke toepassing van dit nochtans imperatieve artikel, door te stellen dat de theorie van de *oorzaak* — de ongeoorloofde oorzaak — vervat o.a. in art. 1131 primeert op deze bijzondere regel van de voorwaarde : wanneer de gewraakte voorwaarde de werkelijke *determinerende en meeslepende oorzaak* van de gift uitmaakt, wordt deze laatste zelf door de immoraliteit van de voorwaarde aangetast, zodat zij zelf dient te verdwijnen. Een gelukkige terugkeer tot de bezadigde stellingen van het civiel recht! (vgl. Cass., 31 oktober 1952, *Pas.*, 1952, I, 110; — De Page, o.c., VIII, nr. 259-261; — Dabin, J., noot in R.C.J.B., 1953, 5, en de ietwat gezochte ontleding van de rechtspraak bij Kluyskens, *De schenkingen en de Testamenten*, 1955, blz. 23-33).

Men kan niet zeggen dat in de besproken periode van deze verworven opvatting werd afgeweken; toch zijn de twee arresten, die in die periode

onze aandacht vragen, in hun geheel niet voldoende expliciet om helemaal overtuigend te zijn.

10 – Het hof van beroep te Brussel (arrest van 16 juni 1959, *Pas.*, 1961, II, 49) had te oordelen over een legaat waarvan de testator uitdrukkelijk bepaalde dat het zou vervallen indien de legataris in het huwelijk zou treden (zonder toestemming van zijn ouders). Het hof beschouwt dit beding als ongeoorloofd en beslist dat het als ongeschreven dient beschouwd, terwijl het legaat blijft bestaan. Zonder verdere motivering blijkbaar.

Ongetwijfeld geeft de verklaring van de testator, dat hij zijn legaat afhankelijk stelt van de verwezenlijking van een bepaalde voorwaarde, aan deze laatste niet noodzakelijk de betekenis van een *beslissende en meeslepende oorzaak*.

Dat vonden wij reeds in de twee oudere cassatie-arresten van 31 juli 1869 (*Pas.*, 1869, I, 537) en 26 februari 1874, (*Pas.*, 1874, I, 82). Maar men zal bezwaarlijk kunnen loochenen dat in zulk geval een vermoeden zich opdringt en dat de rechter dient vast te stellen dat de voorwaarde *in casu* niet de beslissende drijfveer tot de beschikking was — hetgeen wij in de motivering van het besproken arrest missen.

11 – Daarentegen vinden wij een zeer behoorlijke motivering voor het ongeoorloofd karakter dat het hof aan de voorwaarde toeschrijft. Voorwaarden die de vrijheid tot huwen beperken, zijn in beginsel ongeoorloofd, tenzij zij een wettelijk belang, nl. het welbegrepen belang van de begiftigde beogen. De rechtspraak en rechtsleer zijn vrijwel unaniem op dit punt (zie de verwijzingen en voorbeelden bij De Page, *o.c.*, VIII, nr. 334, blz. 414, noten 5, 6 en 7; — Laurent, *Principes*, XI, nr. 496; — Kluyskens, *o.c.*, nr. 10).

Over het welbegrepen belang van de legataris ging het, zoals het hof vaststelt, in het voorliggend geval zeker niet: het beding beoogde precies de legataris te verhinderen een onregelmatige toestand te regulariseren. En het hof stelt vast „que rien n'indique que ladite condition aurait été dictée à son auteur par un légitime souci de protéger le légataire contre son propre égarement...; que, plaçant le légataire entre son intérêt et son affection, la clause discutée était de nature à l'engager à préférer un commerce illicite à une union légitime...”.

12 – Naar de juiste regel en de huidige interpretatie van art. 900 wordt verwezen door het hof van beroep te Luik, bij arrest van 25 maart 1958 en door het hof van cassatie, bij arrest van 14 mei 1959 (*T. Not.*, 1961, 164). Hier ging het om de clause van onvervreemdbaarheid, die in het algemeen, zeker wanneer zij zonder beperking is geformuleerd en geen wettig belang beschermt, als nietig wordt beschouwd. De motivering had op dit punt nochtans meer gestoffeerd kunnen zijn (zie Kluyskens, *o.c.*, nr. 15).

HOOFDSTUK II

DE TOESTEMMING

13 - GEZONDHEID VAN GEEST (art. 901 B.W.). — Rond de juiste betekenis van het bekende artikel 901 B.W., („Om een schenking onder de levenden te kunnen doen of een testament te kunnen maken, moet men gezond van geest zijn”) zijn de polemieken in de rechtsleer tot op heden nog niet geluwd.

Volgens een eerste theorie (Colin et Capitant, Planiol, Ripert et Boulanger, Huc) zou deze vereiste gewoon een herhaling beogen van het gemeen recht terzake. Moet men immers voor het sluiten van een overeenkomst ook niet gezond van geest zijn? Volgens een tweede theorie (Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie, Jossierand), die een overtuigende verdediger vond in De Page (zie zijn grondige behandeling, *Traité*, VIII¹, nr. 82-87) eist art. 901 een grotere geestesvrijheid en wilsklaarheid dan voor de overeenkomsten onder bezwarende titel: naast de *afwezigheid* van de toestemming en de gekwalificeerde gebreken in de toestemming, vooral het geweld en het bedrog, kan een gewone wijziging in of een verzwakking van de wilsklaarheid, zonder dat van krankzinnigheid sprake is, voor gevolg hebben dat niet meer voldaan is aan de strenge vereiste van de geestesgezondheid van art. 901.

14 - Onze rechtspraak lijkt deze tweede stelling te volgen. In een belangrijk en uitstekend gemotiveerd arrest dd. 21 juni 1963 (*Rev. prat. Not.*, 1964, 289-298), verklaart het hof van beroep te Brussel zich uitdrukkelijk voorstander van deze laatste stelling, hierbij verwijzend naar de argumenten van De Page (*l.c.*).

15 - Maar anderzijds blijft onze rechtspraak zeer streng inzake de bewijsoverlevering. Steeds wordt het bewijs geëist van de gebrekkige wilsklaarheid op het ogenblik zelf van de schenking of van de redactie van het testament (Cass., 15 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 713; — Brussel, 27 maart 1961, *Ann. not. enreg.*, 1961, 119, met noot P.M., gevolgd op Rb. Nijvel, 6 mei 1959, *Rec. jur. T.A. Nivelles*, 1961, 34, noot L. Raucant; — Brussel, 21 juni 1963, *gecit.*; — Rb. Dendermonde, 19 september 1963, *R.W.*, 1963-1964, 1717). Het volstaat dus niet te kunnen wijzen op een bepaalde afwijkende toestand, die de wil waarschijnlijk verzwakt heeft ook op het ogenblik van de gift of de redactie van het testament. Het feit van de *werkelijke* wilsvorming op dat ogenblik dient bewezen.

16 - Vanzelfsprekend: „une preuve absolue telle qu'elle résulterait d'un rapport médico-mental établi après observation n'est pas possible ... il appartiendra donc à la Cour de peser la gravité, la précision et la concordance des *présomptions*...” (Brussel, 21 juni 1963, *gecit.*).

Naast het geval van een zwakzinnigheid met bestendig karakter, die dus ook noodzakelijk het ogenblik van de gift dekt (zie Rb. Dendermonde, 19 september 1963, gec.) zijn het deze vermoedens, gebaseerd op de termen en de geest van het testament (zie Brussel, 27 maart 1961, gec.), of meestal op feiten die door getuigenissen of geneeskundige rapporten zijn aangebracht, waarop de beslissing zal moeten steunen.

Het bewijs van een *habituele* staat van zwakzinnigheid of afwijkingen volstaat niet op zichzelf, vermits het de heldere tussenpozen niet uitsluit (zie het vrij strenge arrest van Brussel, 27 maart 1961; — zie ook Rb. Dendermonde, 19 september 1963, gec.).

17 – Wel neemt onze rechtspraak aan (zie reeds het cassatie-arrest van 15 februari 1957, gec., en vooral het arrest van Brussel, 21 juni 1963, gec.) dat het bewijs door de erfenamen van een gebrekkige wilsklarheid in de periode vóór en ná de redactie van het testament, en voldoende dicht bij dit ogenblik, volstaat tot het tegenbewijs van de uitzonderlijke helderheid van geest in de tussenperiode; zeer moeilijk bewijs, zodat deze omkering van de bewijslast meestal fataal is voor de legataris (zie de zeer klare regeling in het arrest van Brussel, 21 juni 1963, gec., *Rev. prat. not.*, 1964, vooral blz. 296).

18 – Vgl. verder in de besproken periode: Cass., 25 november 1960, *Pas.*, 1961, I, 326: de aangevoerde *geesteszwakheid* heeft niet noodzakelijk een zulkdanige graad bereikt dat het geldig testen uitgesloten is; een doktersattest moet op een tijdstip voldoende dicht bij de redactie van het testament zijn opgesteld om beslissend te kunnen zijn. Zie eveneens Gent, 1 april 1960, gevolgd door Cass., 27 juni 1961, *T. Not.*, 1962, 219 i.v.m. de verantwoordelijkheid van de notaris bij het opmaken van een authentiek testament, wanneer duidelijke tekenen wezen op een onvoldoende wilsklarheid van de testator: ziekteverschijnselen, gepaard met zeer hoge ouderdom, ongewone wensen van de testator, verdachte omstandigheden...

19 – CAPTATIE EN SUGGESTIE. — Dit klassieke geval uit de materie van de testamenten is in de werkelijkheid zeer moeilijk te onderscheiden van het vorige. Dikwijls is de wilsvervorming bij een persoon op hoge leeftijd of die niet volledig over al zijn vermogens beschikt het gevolg van een beïnvloeding door een ander. Het boven geciteerd arrest van Brussel dd. 21 juni 1963 geeft hiervan een zeer sprekend voorbeeld.

Nu ons wetboek de captatie uit het Oude Recht niet als specifieke oorzaak van nietigheid weerhouden heeft, oordeelt onze rechtspraak dat zij als dusdanig maar kan aangevoerd worden, wanneer zij op een *dolus* teruggaat, d.w.z. met bedrieglijke middelen is opgezet.

Sommige auteurs, zoals De Page, (*o.c.*, VIII, nr. 99) kleven ook hier de *extensieve wilstheorie* aan, volgens dewelke elke wilswijziging, ook met niet-bedrieglijke middelen (erfenisbejaging, zelfs overdreven en schijn-

heilige *affection*, waarvan de testator, alleen door zijn naïviteit of goedgelovigheid het *slachtoffer* werd) vernietigend is.

20 - De opvatting van de rechtspraak werd nog bevestigd in het arrest van het hof van beroep te Gent (15 maart 1962, *T.Not.*, 1963, 180) i.v.m. de *erfenisbejaging*, die volgens het hof alleen bestaat wanneer de toestemming van de erflater bewerkstelligd of beïnvloed wordt door „listen, leugens of frauduleuze middelen, die de vrije uitdrukking van de uiterste wil onmogelijk maken”.

In een ander vonnis (Rb. Dendermonde, 19 september 1963, *R.W.*, 1963-64, 1717) werd ook de nadruk gelegd op de *listige* wijze waarop de testator in een toestand was geplaatst waar hij bijna niet anders kon dan op de wens van de legataris ingaan. Deze had de testator door allerlei middelen, bij een hem vreemde notaris gebracht, hoewel de testator in doodsgevaar verkeerde en had de notaris vooraf een duidelijke *briefing* gegeven.

21 - Het is niet voldoende te kunnen wijzen op toestanden waarin de captatie kan vermoed worden, eens de legataris onverwacht grote legaten krijgt. De vermoedens, die vanzelfsprekend wel als bewijsmiddel kunnen gelden, moeten steunen op feiten. Een afgezonderde ouderling heeft een zoon die geestesziek is. De huismeid, die steeds de verzorging heeft waargenomen, wordt met een groot legaat begunstigd. Daaruit kan niet worden afgeleid dat in de gekende omstandigheden geen andere uitleg voorligt dan het feit dat de huismeid drukking uitoefende op de testator onder bedreiging zijn zoon aan zijn lot over te laten (Gent, 15 maart 1962, *gec.*).

22 - De nietigheid van het testament, dat door captatie of suggestie bekomen wordt, strekt zich, volgens een *dictum* uit hetzelfde arrest, niet alleen uit tot de persoon van wie de erfenisbejaging uitgaat, maar ook tot al de personen die er door begunstigd worden.

HOOFDSTUK III

DE VORM VAN DE TESTAMENTEN

23 - DE DAGTEKENING IN HET TESTAMENT. — De rechtspraak i.v.m. de strikte vereiste van een dagtekening in de eigenhandige testamenten, die uitdrukkelijk in artikel 970 is voorzien, wordt stilaan op de meeste punten gevestigd. Een paar uitspraken in de besproken periode kwamen aanvaarde beginselen nog bevestigen. Hoe men de vereiste ook beschouwe, als een bestaansvoorwaarde of een geldigheidsvoorwaarde (*Kluyskens, o.c.*, nr. 197) of als een bijkomende waarborg (*De Page, o.c.*, VIII, 860 e.v.), ieder is het er over eens dat een testament zonder dagtekening nietig is en dat elementen van buiten of zelfs in het testament een afwezige datum niet kunnen vervangen. Ook niet het feit dat men met grote waarschijnlijkheid de datum kan achterhalen uit de gebruikte uitdrukkingen in het testament

en de omstandigheden rond het opmaken ervan (Rb. Charleroi, 28 april 1960, *Rev. prat. Not.*, 1962, blz. 318 (een testator kondigt in zijn testament zijn zelfmoord aan dadelijk na het opmaken van het testament), bevestigd in formeler termen door het hof van beroep te Brussel, 15 januari 1962, (*ibid.*, 320 en 395; *Pas.*, 1963, II, 25).

24 – Iets anders is dan de onvolledige dagtekening die kan aangevuld worden; in het besproken geval was er wel een goede kans om de *datum* vast te stellen, maar er was geen begin van *dagtekening*.

Het onderscheid tussen beide wordt veelal uit het oog verloren. Het komt er niet op aan te kunnen vaststellen op welk tijdstip de testator de tekst van zijn testament redigeerde. Wel is het van belang te weten op welk ogenblik de testator zijn testament als af beschouwt, als effectvol. Dit moet niet het ogenblik zijn van de redactie. Hier verkrijgen dan de handtekening en vooral de dagtekening een specifieke betekenis; zij constitueren de ware rechtshandeling.

Daarom brengt het post- of antidateren niet uit zichzelf nietigheid mee. Met voorbehoud van bedrog, bestaat een *valse datum* dus niet en de gewild *onechte datum* maakt het testament niet nietig. Deze zienswijze is die van de Belgische rechtspraak (Cass., 26 maart 1875, *Pas.*, 1875, I, 207, met advies van procureur-generaal Faider; — Cass., 14 maart 1895, *Pas.*, 1895, I, 119 (geval van geantidateerd testament); — Rb. Luik, 1 april 1939, *J.T.*, 1939, 311, *Rev. prat.-Not.*, 1939, 316), die, zoals bekend, hierin niet wordt bijgetreden door de Franse rechtspraak en een deel van de Belgische rechtsleer (Laurent, *Principes*, XIII, nr. 201). (Zie de bespreking bij De Page, *o.c.*, VIII, blz. 978, in noot en Jacobs, H., *A.P.R.*, Tw. *Testamenten (vorm)* nr. 53). *Quid* nu wanneer een testator overlijdt vóór de datum die op zijn testament als dagtekening is aangebracht? Het hof van beroep te Brussel heeft in een arrest van 16 maart 1960 (*Pas.*, 1961, II, 37; *T. Not.*, 1961, 186; *Rec. gén. enreg.*, 1964, nr. 20.799; *Rev. prat. Not.*, 1962, 222, met noot F.L.; — vonnis *a quo*: Brussel, 9 januari 1958, *Rev. prat. Not.*, 1958, 387) de gepaste gevolgtrekking gemaakt, hoewel het hof zijn oplossing eerder als een uitzondering op de hoger aangegeven regel aanduidt. Er wordt van uitgegaan dat de datum gewild was, tenzij de vergissing bewezen wordt; de vergissing is niet bewezen, dus dient aangenomen dat „de erf-later gewild heeft dat zijn testament slechts op de aangeduide datum zou bestaan”, en „dat zijn overlijden vóór bedoelde datum alle waarde aan het testament ontnemt”. Dit is dan de eigenlijke reden tot nietigheid en niet het feit van een *onechte* of *valse datum* (vgl. Luik, 10 maart 1959, *Rec. gén. enreg.*, 1964, nr. 20.765, met noot).

25 – Betwist wordt of ook in een *notarieel* testament de onvolledige datum mag aangevuld worden zoals in het geval van het eigenhandig testament, met elementen in en buiten het testament (In positieve zin: Gent, 26 december 1872, *Pas.*, 1873, II, 83; — Cass. fr., 31 januari 1955, *D.*, 1955, 504, *Rev. trim. dr. civ.*, 1956, 692, nr. 7, noot R. Savatier; — Kluyskens,

o.c., nr. 205, Jacobs, H., *o.c.*, nr. 113; — *une grave erreur* veroordeelt De Page, VIII, nr. 882, noot 205).

Ongetwijfeld is de relevantie van intrinsieke en extrinsieke elementen niet dezelfde.

De rechtbank van Oudenaarde en nadien het hof van beroep te Gent (Rb. Oudenaarde, 27 januari 1960 en Gent, 8 januari 1962, *T. not.*, 1963, 158) hadden te oordelen over een openbaar testament, dat als enige dagtekening vermeldde *woensdag, achttiende juli*.

Hoewel men waarschijnlijk met zekerheid de datum had kunnen bepalen door de combinatie van gegevens als de benoeming van de notaris enerzijds en het filigram van het gezegeld papier anderzijds, met 1) de fragmentaire aanduiding woensdag, 18 juli, 2) de kalender en 3) de overlijdensdatum, werd het testament nietig verklaard.

Het filigram wordt afgewezen, als niet behorend tot het innerlijk (geschreven) bestanddeel van de akte. Op zichzelf genomen is dit ongetwijfeld juist. Hetzelfde geldt voor de benoemingsdatum hoewel daarop wordt gezinspeeld in de akte zelf, maar dan stelt het hof dat zulks geen omschrijving van de datum is, geen constitutief element voor de dagtekening. Aldus heeft het hof het onderscheid *intrinsiek-extrinsiek* overgenomen, maar de eerste notie nog herleid tot elementen die een — zij het dan niet sacramentele conventionele — omschrijving van de datum uitmaken en deze met zekerheid kunnen vastleggen zonder op aanvullende gegevens buiten de schriftelijke akte een beroep te moeten doen.

Hoewel dit arrest ongetwijfeld in overeenstemming is met de formele vereisten van het Burgerlijk Wetboek en vooral van de organieke wet op het notariaat, was hier een gepaste gelegenheid geboden om een vernieuwing in de formalistische benadering van het authentiek testament te brengen, in een duidelijk geval, waar een gewone vergelijking met het kalender en de overlijdensdatum — en dit zijn toch geen elementen die in het onderscheid *intrinsiek-extrinsiek* passen! — tot een zekerheid had kunnen leiden. Of mogen wij misschien hieruit afleiden dat de bevinding van de eerste rechter dat de erflater in de periode rond 18 juli... 1956 niet in staat bleek te zijn zijn wilsbeschikking te dikteren, niet helemaal vreemd is aan de strakke uitspraak?

26 – HULP VAN EEN DERDE BIJ DE OPSTELLING VAN EEN EIGENHANDIG TESTAMENT. — De criteria van beoordeling welke de rechtspraak terzake aanneemt, werden nog eens in het licht gesteld door twee arresten, van de hoven van beroep te Gent en te Brussel, welke op grond van dezelfde redenering tot een verschillende uitspraak komen voor inderdaad verschillende gevallen (Brussel, 19 oktober 1960, *T. Not.*, 1962, 89; *J.T.*, 1961, 256; *Ann. not. enreg.*, 1961, 100; *Pas.*, 1961, 251; *Rev. prat. not.*, 1962, 188 en 1963, 241; — Gent, 11 december 1961, *T. not.*, 1962, 69).

Een louter materiële hulp van een derde tast de geldigheid van het testament niet aan wanneer in feite vaststaat dat het testament „het spontaan en doordachte werk van de erflater is”; daarentegen, indien de hand

van de erflater slechts een louter passief door een derde geleid werktuig was dan is de vermelde waarborg niet meer aanwezig. Een feitenkwestie vanzelfsprekend. De schriftontleding kan hierbij doorslaggevend zijn; het getuigenbewijs eveneens (arrest van het hof te Brussel). Anderzijds stipt het hof te Gent aan dat het feit dat de beschikking van het testament aan de gevoelens van de erflaterster tegenover de begunstigde beantwoordt natuurlijk niet van aard is een testament met louter passieve hand door de erflaterster geschreven geldig te maken.

27 – Analooq is het veelvuldig voorkomend geval van een tekst, die uitgaat van een derde of die zelfs wordt *afgeschreven* van een ontwerp, opgemaakt door een derde (dikwijls een rechtsgeleerde; soms gaat het over stereotiepe *familietestamenten*, waarvan de beschikkingen van vader op zoon worden overgeleverd).

In overeenstemming met de heersende opvatting van rechtsleer en rechtspraak (zie Jacobs, H., o.c., nr. 43 en 46), beslist het hof van beroep te Brussel (25 november 1959, *T. not.*, 1961, 76) dat zulks op zichzelf niet voldoende is om het testament nietig te doen verklaren, zolang niet bewezen werd dat de erflater gedwongen zou zijn geweest een tekst te schrijven die niet met zijn vrij en werkelijk inzicht overeenstemt.

Verregaand is nochtans een uitspraak van het hof van beroep te Brussel (24 september 1963, *Pas.*, 1964, II, 252), waarbij niet besloten wordt tot de ongeldigheid van een eigenhandig testament waarin de testator een vooraf in potlood aangebrachte tekst overschreef (zie daarover Jacobs, o.c., nr. 43 en 46, met verwijzingen).

28 – AANBIEDING AAN DE VOORZITTER VAN DE RECHTBANK. — In verband met de formaliteit van de vertoning aan de voorzitter van de rechtbank, waaraan elk eigenhandig testament onderworpen is (art. 1007 B.W.) besliste het hof van beroep te Gent (9 februari 1961, *T. not.*, 1961, 130) dat de erfgenamen hieraan kunnen verzaken, en dat bij ontstentenis van akkoord, de houder van het testament tot deze formaliteit gehouden is, waarbij de kosten ten laste van de nalatenschap vallen (art. 985 Rv.; — De Page, o.c., IX, nr. 1044).

29 – De formaliteit is aan geen termijn gebonden en geen sanctie is voorzien voor *laattijdige* uitvoering: zij zal bv. niet beletten dat de legataris van een rente betaling kan eisen ook van de achterstallen die vervallen waren vóór het neerleggen van het testament (Brussel, 16 juni 1959, *Pas.*, 1961, II, 49; *Rec. gén. enreg.*, 1963, blz. 205).

30 – BESLOTEN TESTAMENT. — Dit zo zeldzame testament, dat sommige auteurs (De Page, o.c., X, nr. 910) reeds bij de museumstukken hadden geschikt, heeft voor de rechtbank en nadien voor het hof te Brussel (arrest van 8 oktober 1963, *Pas.*, 1964, II, 257; *Rev. prat. not.*, 1964, 27; *Ann. not. enreg.*, 1964, 137) aanleiding gegeven tot een onderzoek naar de ware

verhouding tussen de twee elementen ervan : de onderhandse akte en de authentieke opschriftakte van de notaris. De wet eist dat de eerste minstens door de testator zou ondertekend zijn en dat de tweede de verklaring zou inhouden van de testator dat de akte zijn testament bevat en door hem werd ondertekend (art. 976 B.W.). De vraag is nu welke de bewijswaarde is van deze door de notaris genoteerde verklaring.

De erfgenaam erkent het handteken van de decujus niet en wenst de bewijslast van de echtheid van het handteken, zoals in een eigenhandig testament, op de legataris te laten wegen. De legataris beweert vooreerst dat de procedure van de inschrijving wegens valsheid in geschrift vereist is. Dit blijkt een twistpunt te zijn geweest in de vorige eeuw. Wij hebben de uitgebreide argumentering van Laurent (zie zijn *Principes*, XIII, nr. 430-434) niet nodig om vast te stellen dat de notaris zich beperkt tot het noteren van de verklaring en dat het zijn opdracht niet is de waarachtigheid van de verklaring na te gaan.

Deze waarachtigheid is dan vanzelfsprekend niet door de authenticiteit gedekt en moet niet worden bevochten door de procedure van de inschrijving wegens valsheid in geschriften. Er kan gewoon geen *valsheid* in geschrift zijn.

Het hof heeft hier het gepaste onderscheid gemaakt tussen de twee delen van de akte.

Minder overtuigend is zijn afwijzing van de tweede propositie van de legataris, nl. dat de geacteerde verklaring van de testator minstens een vermoeden van waarachtigheid van de handtekening schept, dat geldt tot het bewijs van het tegendeel. Het hof oordeelt dat zulks een — bij gebreke van een tekst — onaanvaardbare uitzondering is op de beginselen van het bewijsrecht terzake van de onderhandse akten (in die zin : Jacobs, H, o.c., nr. 217).

Deze algemene beginselen nopens de onderhandse akten moeten worden gezien in het bijzondere verband van een testament als eenzijdige akte. Men weet dat bv. voor het eigenhandig testament van die beginselen wordt afgeweken : eens de echtheid van het handschrift is vastgesteld, gelden de handtekening en de dagtekening als echt, zolang het tegenbewijs niet geleverd wordt.

Bij het besloten testament is de toestand zeker geheel bijzonder. Men kan eigenlijk niet spreken van een onderhandse testamentaire akte ; zij is een bestanddeel van het testament als geheel en ondergaat de invloed van de opschriftakte — zonder dat wij in het minst van *quasi-authenticiteit* willen gewagen (sic Duranton ; — zie Laurent, o.c., nr. 432). Het lijkt ons redelijk aan te nemen dat het testament door de — authentiek genoteerde — verklaring voldoende aan geloofwaardigheid heeft gewonnen om te kunnen gelden t.o.v. de erfgenamen tot bewijs van het tegendeel. Dat was destijds de opvatting van het hof te Gent (24 juli 1913, *Pas.*, 1913, II, 330 ; — In die zin eveneens : Kluyskens, o.c., nr. 213 ; — Galopin, *Donations et Testaments*, nr. 236 ; — Rb. Hasselt, 12 augustus 1874, *Pas.*, 1880, III, 11 ; — Bordeaux, 4 juli 1900, *D.P.*, 1901, 2, 447).

Het argument van de legataris was misschien niet overtuigend („wat zou anders het nut zijn van de door de wet vereiste verklaring?“) en houdt geen rekening met het belang dat werd gehecht, *anno* 1804, aan de formele vereisten, maar de oplossing van het hof lijkt ons niet verantwoord. De Page krijgt nu zeker gelijk : het besloten testament biedt geen enkel voordeel.

31 — BEKRACHTIGING VAN EEN WEGENS VORMGEBREK NIETIG TESTAMENT. — Dit klassiek vraagstuk kreeg zijn gewone oplossing door het hof van cassatie (2 december 1960, *Pas.*, 1961, I, 356, na Brussel, 4 maart 1958), op grond nochtans van een motivering die niet helemaal ondubbelzinnig lijkt.

Een testament was nietig wegens vormgebrek in verband nl. met de aanwezigheid van getuigen. Een erfgenaam geeft mandaat aan zijn echtgenote om deel te nemen aan een verdeling van een deel van de erfgoederen (aandeel in een vroegere onverdeeldheid), om „voor hem en in zijn naam te verkrijgen en te vereffenen“ en kennis te nemen van alle testamenten en in hun uitvoering toe te stemmen of deze te betwisten.

Het hof van beroep hield voor dat de aanvaarding (door de mandataris) van de erfrechtelijke toebedeling volgens de beschikkingen van het testament, naar hetwelk uitdrukkelijk werd verwezen in de verdelingsakte, diende te worden geïnterpreteerd als een „vrijwillige uitvoering van het testament en een uitdrukkelijke verzaking aan het recht om zich nadien op de nietigheid van het testament te beroepen“.

— De rechtspraak en rechtsleer nemen aan dat de erfgenamen een, wat de vorm betreft, nietig testament kunnen bekrachtigen en vrijwillig uitvoeren (voor de referenties, zie Jacobs, H., *o.c.*, nr. 226).

Voor de verantwoording doet men soms een beroep op een analogische toepassing van art. 1340 B.W., dat nochtans alleen over de schenkingen spreekt (Rb. Charleroi, 13 juli 1911, *Pas.*, 1913, III, 15; — Brussel, 13 december 1922, *Pas.*, 1923, II, 32); soms voert men de aanwezigheid aan van een *natuurlijke verbintenis* (Luik, 18 januari 1928, *Pas.*, 1928, II, 157; — De Page, *o.c.*, VIII, nr. 934). In de eerste interpretatie kunnen alle gedragingen, in de tweede alleen de uitvoering en de belofte in aanmerking komen als bekrachtiging.

In het voorliggend geval had de erfgenaam gepoogd deze beide verklaringen in twijfel te trekken voor het hof van cassatie; het hof heeft echter gemeend op deze kwestie niet te moeten ingaan en te mogen vaststellen „que l'arrêt (van het hof van beroep te Brussel) fonde sa décision non seulement sur l'exécution volontaire du testament, mais aussi sur la *renonciation expresse* de l'auteur des demandeurs à se prévaloir de l'action en nullité"! Maar deze verzaking had het hof juist menen te vinden in de aanvaarding van de nieuwe toebedeling, m.a.w. zijn vrijwillige uitvoering of tenminste zijn *belofte van uitvoering*! Dus had het de argumenten van de erfgenaam moeten onderzoeken; zij waren pertinent.

32 — HET DICTEE BIJ HET NOTARIEEL TESTAMENT. — Een persoon die niet kan spreken kan geen notarieel testament laten maken. De vereiste

van het dicteren belet niet dat de notaris vragen stelle, maar deze mogen alleen aanvullend of uitleggend zijn. Voldoet niet aan de vereiste, een stelselmatige ondervraging door de notaris die door tekenen en gebaren vanwege de testator wordt beaamd (Rb. Brussel, 13 juni 1963, *Pas.*, 1964, III, 56).

HOOFDSTUK IV

INHOUD EN UITVOERING VAN TESTAMENTEN

33 — HONORARIUM VAN DE TESTAMENTUITVOERDER. — Aannemend dat de opdracht van de testamentuitvoerder in beginsel een kosteloze vrienden-dienst is, zulks in overeenkomst met art. 1986 B.W. inzake het mandaat, aanvaardt onze rechtspraak toch geredelijk dat van dit beginsel werd afgeweken, niet alleen door een beding in het testament, maar ook op stilzwijgende wijze, nl. wanneer de opdracht werd toevertrouwd aan een persoon die geen familielid of naaste vriend is, maar waarvan het beroep precies bestaat in het waarnemen van een anders belangen. Men denke op de eerste plaats aan de notaris (Rb. Antwerpen, 26 mei 1961, *Rev. prat. Not.*, 1962, 208; — in dezelfde zin: Kluyskens, o.c., nr. 242; — Schicks en Vanisterbeek, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, dl. IV, nr. 97; — Cass., 25 mei 1855, *Pas.*, 1855, I, 262; — Rb. Verviers, 1 mei 1911, *Pas.*, 1912, III, 98; — Rb. Brussel, 3 februari 1921, *Rev. prat. Not.*, 1921, 176).

Dekkers (*Handboek van Burgerlijk recht*, 1958, dl. III, nr. 1172) en De Page (o.c., VIII, nr. 1383) menen zelfs verder te kunnen gaan en te stellen dat het mandaat in kwestie in de regel bezoldigd is behoudens afwijking. Zij kunnen inroepen terzelfdertijd een zeer oude traditie en een progressieve en moderne opvatting. Ongetwijfeld levert het gehonoreerde mandaat een betere waarborg in vele gevallen voor de stipte uitvoering van de opdracht, op een ogenblik dat de testator er toch reeds niet meer is om de uitvoering te controleren.

De opvatting van De Page en Dekkers lijkt ons niet alleen verantwoord, maar ook zelfs de praktische consecratie te zijn van een opvatting die bij de rechtspraak reeds voorzit. Het bezwaar van de bepaling van art. 1986 lijkt ons trouwens niet onoverkomelijk: staan we hier niet voor een zeer oneigenlijk mandaat, een mandaat *post mortem*, dat onvermijdelijk pas na het overlijden aanvaard wordt, zodat nooit de *consensus communis* opéénzelfde ogenblik heeft bestaan?

34 — Dat er geen wettelijke onverzoeenbaarheid bestaat in hoofde van de notaris tussen zijn functie van vereffenaar en die van testamentuitvoerder, wordt door het geciteerde vonnis bevestigd. Incompatibiliteiten dienen restrictief geïnterpreteerd te worden.

Het is een gemakkelijk procédé de twee functies in één persoon te vestigen; zij zullen in de praktijk trouwens zelden met mekaar in tegenstrijd komen.

35 – Het honorarium wordt meestal vastgesteld als een percentage van de (bruto- of netto) nalatenschap, soms zelfs vrij verklaard van alle successierechten. De hoogte van het percentage wisselt vanzelfsprekend met de verantwoordelijkheid, de bekwaamheid van de testamentuitvoerder, en met het belang van de nalatenschap en de omvang van de opdracht. Een honorarium van 3 % dient normaal niet als overdreven beschouwd (Rb. Antwerpen, gecit.).

36 – HET „TESTAMENT-TRANSACTIE”. — Een testator zou bij wijze van transactie, en als tegenprestatie voor levering van goederen en kosteloos logies een testament hebben gemaakt waarbij de andere *partij* als algemeen legataris werd aangeduid. Nadien werd het testament herroepen. De ingestelde legataris beroept zich evenwel, na het overlijden van de testator, op deze transactie, in de vorm van het eerste testament, als een begin van bewijs met geschrift om vergoeding te ontvangen voor de door hem geleverde prestaties.

Het hof van beroep te Brussel (arrest van 3 december 1962, *Rec. gén. enreg.*, 1964, nr. 20762) veroordeelt vooreerst en terecht de zogenaamde, *transactie*, als zijnde in strijd met de regel van de essentiële herroepelijkheid van het testament (art. 895 B.W.; — zie: Pirson, *Chronique de Jurisprudence*, R.C.J.B., 1960, 450-453; — Cass., 29 maart 1958, *Pas.*, 1958, I, 844), en tevens met het verbod van overeenkomsten over toekomstige nalatenschappen (art. 1130, B.W.; — zie Barette, L., *Les pactes sur successions futures*, *Rec. gén. enreg.*, nr. 20518).

Alsdan kan deze *transactie* ook niet gelden als begin van bewijs; op het mechanisme van de *verrijking zonder oorzaak* kon evenmin een beroep worden gedaan, vermits de *legatarissen* duidelijk een speculatief doel hadden nagestreefd met hun prestaties.

37 – KWIJTSCHELDING VAN SCHULD IN TESTAMENT. — Korte tijd vóór zijn overlijden zet de erflater zijn handtekening, voorafgegaan door de uitdrukking *gelezen en goed (lu et bon)* onder een door zijn schuldenaar gestelde tekst volgens dewelke de erflater verklaart dat de door de schuldenaar ontleende som „niet meer verschuldigd zal zijn vanaf de dag van zijn overlijden”.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel (dd. 22 augustus 1961, *Rec. gén. enreg.*, 1963, nr. 20584) ziet daarin geen kwijtschelding van schuld, maar een beschikking over een deel van zijn goederen „tegen de tijd dat hij er niet meer zal zijn”, dus een testament; en als testament is de akte vanzelfsprekend nietig (geen eigenhandig geschrift).

38 – LEGAAT VAN EEN VRUCHTGEBRUIK. — Een arrest van het hof van beroep te Brussel (3 oktober 1961, *Pas.*, 1963, II, 165) brengt in dat verband

nog de moderne stelling van onze rechtspraak in herinnering volgens de welke een legaat van het vruchtgebruik over de ganse nalatenschap het karakter van een algemeen legaat heeft (zie Cass., 2 mei 1952, *R.W.*, 1951-52, 1819; *Pas.*, 1952, I, 542; — en de bespreking bij Pirson et Piret, *R.C.J.B.*, 1952, 328). De Page opteerde reeds in die zin in zijn *Traité* (VIII, nr. 964). Het karakter van algemeen legaat of legaat ten algemene titel dient inderdaad af te hangen niet van de natuur van het toegekend recht, maar wel van de omvang van de goederen waarop het betrekking heeft.

39 — In het geval van een legaat van het vruchtgebruik heeft de legataris, zelfs de legataris onder bijzondere titel, recht op de vruchten vanaf het overlijden en niet alleen vanaf de vraag tot afgifte, welke de algemene regel uitmaakt (zie Brussel, 16 juni 1959. *Pas.*, 1961, II, 49). Inderdaad in dat bijzondere geval vallen *kapitaal* en vruchten samen, zodanig dat, in toepassing van art. 1014, de eigendom van de vruchten vanaf het overlijden overgaat op de legataris, (*dictum* in hetzelfde arrest van het hof van beroep te Brussel, dd. 3 oktober 1961).

40 — AANVAARDING VAN LEGATEN. — De aanvaarding van legaten dient niet uitdrukkelijk te gebeuren. Op grond zelfs van vermoedens kan de rechter ten gronde besluiten tot een stilzwijgende aanvaarding, wanneer de wil van de legataris tenminste vaststaat (De Page, *o.c.*, VIII, nr. 1038). De ondertekening van een fiscale aangifte van nalatenschap, waarin een beroep wordt gedaan op en toepassing gemaakt van de verdeling die voorkomt in een testament, heeft op zichzelf enkel fiscale, geen civiele gevolgen. Niets echter belet de feitenrechter elementen te putten uit de aangifte om tot een stilzwijgende aanvaarding van het legaat te besluiten. (Cass., 20 september 1962, *Rec. gén. enreg.*, 1963, nr. 20698, blz. 433; *Pas.*, 1963, I, 86), zelfs — aldus een *dictum* uit hetzelfde arrest — tot een uitdrukkelijke aanvaarding.

41 — De aanvaarding van een legaat is onherroepelijk. Reserves die in de aanvaarding voorkomen kunnen niet weerhouden worden: de aanvaarding is een geheel en zij kan niet onder voorwaarden geschieden, noch slechts op een gedeelte van het legaat betrekking hebben (De Page, *o.c.*, VIII, nr. 1033).

Een erfgenaam *ab intestato* zag zich geplaatst voor een hem gemaakt legaat met last een vruchtgebruik daarop af te staan aan een derde. De omvang van het vruchtgebruik bleef betwistbaar en werd ook betwist. Hij dagvaardt tot uitvoering van zijn legaat, onder voorbehoud dat de rechtbank hem in het gelijk zal stellen met betrekking tot de kwestie van de omvang van dat vruchtgebruik. Het hof van cassatie (zelfde arrest), hierin het hof van beroep volgend, wees dit voorbehoud af en stelde „qu'il appartenait à l'intimée, ici demanderesse, de soumettre son alternative à l'appelante avant toute procédure; qu'elle ne serait pas recevable à introduire une action qui aurait pour objet des fins contradictoires ou qui ne tendrait, en fait, qu'à solliciter un avis de justice”.

42 - COMMORIENTES. — De wettelijke vermoedens van overleving, gevestigd bij artikelen 720 e.v. B.W., kunnen niet worden ingeroepen ingeval van testament of contractuele erfstelling. Als uitzonderingen blijven zij van strikte toepassing en dus beperkt tot de erfregeling *ab intestato*. Derhalve vervalt de uitwerking van een wederzijdse contractuele erfstelling tussen echtgenoten, voorzien voor het geval van overleving, indien beiden door hetzelfde ongeval omkomen en er geen aanwijzingen voorhanden zijn om aan te nemen dat de één de ander overleefde (Brussel, 9 december 1959, *Rev. prat. Not.*, 1962, 381).

43 - INTERPRETATIE VAN EEN TESTAMENT. — Een legaat van een bepaald percentage van het netto-actief van de nalatenschap dient normaal te worden beschouwd als zijnde een legaat onder algemene titel (zie Brussel, 27 maart 1867, *Pas.*, 1867, II, 209; — Laurent, *o.c.* XIII, nr. 521; — De Page, *o.c.*, VIII, nr. 966, A, 1^o). Niets belet evenwel de rechter, op grond van gegevens uit het testament en daarbuiten te besluiten tot een andere bedoeling van de testator. Uit de bepalingen van een vroeger testament, brieven aan de redigerende notaris en de instelling van een algemene legataris die tot taak had de onroerende goederen van de nalatenschap te verkopen, besloot het hof van beroep te Brussel (17 september 1962, *J.T.*, 1963, 281, met noot) dat het de bedoeling was van de testator alle onroerende goederen aan de algemene legataris te laten, en door de verkoop ervan deze toe te laten bepaalde sommen aan andere legatarissen uit te keren. De testator had vooraf deze sommen berekend in functie van de vermoedelijke opbrengst van de verkoop en deze dienvolgens omgezet in percentages van het netto-actief. Zelf had hij trouwens deze legaten als bijzondere legaten gekwalificeerd in zijn testament. Verder rekent het hof ermee dat de testator bezwaarlijk een onverdeeldheid heeft willen in het leven roepen, gezien de beperktheid van de uit te keren sommen, het groot aantal legatarissen en de aanwezigheid onder hen van minder-jarigen.

Anderzijds vindt het hof geen bezwaar tegen zijn interpretatie in het feit dat de testator aan deze bijzondere legaten een verplichting oplegde tot proportionele bijdrage in de schulden, hetgeen natuurlijk niet onverzoenbaar is met de kwalificatie van bijzonder legaat, maar toch een element is waarmee diende rekening te worden gehouden bij de kwalificatie.

44 - Bij testamentaire erfstelling ten gunste van de kinderen van broers en zusters van de testator, dienen bij afwezigheid van verdere toelichting, daaronder begrepen de kinderen van de halfbroers en halfzusters van de testator (Brussel, 4 januari 1961, *Pas.*, 1962, II, 19; *Rev. prat. Not.*, 1962, 385).

45 - De verdeling bij hoofde is de regel inzake testament; de verdeling bij staken, ingevolge de plaatsvervulling is eigen aan het erfrecht *ab intestato* en vindt geen toepassing in een testament, tenzij het bewijs wordt geleverd

van een afwijkende bedoeling van de testator. Aldus de regel gesteld door het hof van beroep te Brussel (arrest van 31 oktober 1960, *Ann. not. enreg.*, 1961, 142). De testamentaire bepaling in kwestie luidde: „Al mijn overige bezittingen geef en legateer ik voor de ene helft aan de kinderen van mijn broers en zusters, en voor de wederhelft aan de kinderen van de broeders en zusters van mijn overleden echtgenoot”.

De regel lijkt ons als vertrekpunt juist, maar beslissend in gevallen waar de termen van het testament voor een dubbele interpretatie vatbaar zijn, moet zijn de ware bedoeling van de testator, die dient achterhaald. *In casu* waren twee interpretaties mogelijk en daar is vanzelfsprekend de analogie van de plaatsvervulling, die zelfs de oningewijde voor de geest staat; in het legaat zelf was reeds een eerste toepassing van een splitsing in twee staken gemaakt.

Het valt dan te betreuren dat het hof een aanbod van bewijs van de bedoeling van de *decujus* uit een vroeger testament afwijst op grond van het thans niet meer te aanvaarden beginsel dat het extrinsiek bewijs bij testamenten uitgesloten is (zie de overtuigende behandeling van De Page, o.c., VIII, nr. 1310-1311). Het feit dat het vroeger testament herroepen was doet niets terzake.

46 – Een veel voorkomend interpretatieprobleem betreft de draagwijdte van beschikkingen over „al de roerende goederen, die zich in het woonhuis van de *decujus* bevinden”. En alweer dient zich een artikel aan uit het Wetboek dat hiervoor een bepaling verschaft. Maar alweer dient de nadruk gelegd op het suppletief karakter daarvan en op de bedoeling van de *decujus* als doorslaggevend element.

De testator is vrij in de keuze van zijn testamentaire beschikkingen. Het laatste criterium in de interpretatie blijft dan ook deze uitgedrukte wil van de testator.

De artikelen 533 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, vooral art. 535 en 536, die enkele bepalingen verschaffen van termen zoals „roerende goederen”, „een huis met al wat zich daarin bevindt”, zijn vanzelfsprekend slechts suppletief op te vatten — hetgeen door de rechtspraak unaniem wordt aanvaard (bv. Gent, 20 februari 1958, *R.W.*, 1958-1959, 2060).

Alleen kunnen zij als basis gelden voor een vermoeden.

Een beschikking over „al wat zich in mijn woonhuis bevindt”, of over „alle roerende goederen (*effets mobiliers*) welke zich in mijn woonhuis bevinden”, komt als dusdanig nergens voor in genoemde artikelen. Maar zij sluit nauw aan bij hetgeen bedoeld wordt in de algemene bewoordingen, die de aanhef vormen van art. 535, „l'expression *biens meubles*, celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers*” of, in de Nederlandse taal, zoals het artikel bij het opmaken van het testament luidde: „De uitdrukking *roerende goederen*, de uitdrukking *inboedel* of *roerende zaken*...

Welnu, art. 535 komt ons verklaren: deze uitdrukkingen „bevatten in 't algemeen al wat voor roerend wordt gehouden, volgens de hierboven vastgestelde regelen”, d.w.z. niet alleen de roerende goederen van nature

(art. 528), maar ook de goederen die roerend zijn bij wetsbepaling (art. 529), o.a. de titels, aandelen, obligatiën, liggend geld, schuldvorderingen, enz. (Zie Rb. Gent, 20 juni 1854, *B.J.*, 1854, 879).

De rechtspraak heeft steeds deze algemene bepaling van art. 535 onderschreven (Brussel, 28 februari 1838, *Pas.*, 1838, 60; — Cass., 19 december 1838, *Pas.*, 1838, 427; — Brussel, 5 april 1845, *Pas.*, 1846, II, 317; — Luik, 9 juni 1881, *Pas.*, 1881, II, 391; — Luik, 8 november 1932, *Pas.*, 1933, II, 99).

Na de formulering in art. 535 van de algemene regel, wordt slechts één uitzondering aanvaard: nl. in het geval waar een *huis* wordt verkocht of geschonken met de daarbijhorende meubilering, onder de formule van „une maison meublée” — „een gemeubileerd huis” (art. 535, tweede lid) of „une maison avec tout ce qui s’y trouve” — „een huis met al wat zich daarin bevindt” (art. 536).

De rechtspraak heeft steeds het onderscheid gemaakt tussen het algemeen geval en het bijzondere geval van een verkoop of schenking (het testament wordt niet vermeld in het artikel) van een *huis met* al wat zich daarin bevindt. Het onderscheid berust op een evidente grond: in het tweede geval worden met het huis de accessoria, nl. de stofferende huisraad, onvermijdelijk bijgedacht, maar ook niet meer.

Buiten de bijzondere hypothese van art. 536, is er geen reden om een andere dan een ruime interpretatie voorzien bij art. 535 te verkiezen, tenzij er duidelijke aanwijzingen zijn in de andere zin (zie de hoger aangegeven rechtspraak alsmede Gent, 4 juni 1847, *Pas.*, 1847, II, 150; — Rb. Brussel, 5 maart 1872, *Pas.*, 1872, III, 173, motivering; — Gent, 15 maart 1855, *Pas.*, 1855, II, 269; — alsmede *a contrario*: Rb. Brussel, 10 april 1883, *Pas.*, 1883, III, 126; — Brussel, 1 juni 1938, *R.W.*, 1938-39, 62; — Rb. Doornik, 4 maart 1959, *J.T.*, 1959, 174; — het door De Page, o.c., VIII, blz. 1107, aangehaalde vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Gent, dd. 8 juni 1846, *B.J.*, 1846, 1074, in de andere zin gesteld, werd vernietigd door het arrest van het hof van beroep te Gent van 4 juni 1847, *Pas.*, 1847, II, 150, gec.).

Aldus zijn in zulke algemene beschikkingen ook de liggende gelden en de titels aan toonder begrepen; ook deze laatste hebben inderdaad een bepaalde verblijfplaats (Brussel, 7 juli 1952, *Pas.*, 1953, II, 35).

Rekening houdend met al het voorgaande komt een uitspraak van het hof van beroep te Gent in de besproken periode (arrest van 20 september 1960, *T. Not.*, 1961, 22) ons juist, maar gebrekkig gemotiveerd voor, hoewel het arrest ons niet een voldoende kijk laat op de juiste draagwijdte van het legaat. Artikel 535 en 536 werden inderdaad onvoldoende van elkaar onderscheiden. Voor zover wij ingelicht zijn ging het om een legaat van de roerende voorwerpen, zonder dat tevens het huis waarin ze zich bevonden mede werd gelegateerd. Dan moet de ruime interpretatie normaal toepassing vinden, tenzij aanduidingen van limitatieve strekking aanwezig waren. Hetgeen *in casu* wel het geval was.

SCHENKINGEN ONDER DE LEVENDEN (VORM)

47 - AANDELEN. — Elke rechtstreekse schenkingsakte behoeft de notariële vorm.

Een onrechtstreekse schenking wordt verwezenlijkt door een akte met een eigen autonoom statuut (kwijschelding van schuld, beding ten behoeve van een derde, verzaking...), die een voordeel toekent hoewel dit niet haar specifieke of exclusieve functie is.

De overdracht van aandelen in een vennootschap bezit geen eigen statuut. De aanvaarding door de algemene vergadering van deze (reeds bestaande of overeengekomen) overdracht kan vereist zijn voor de geldigheid van de overdracht (t.o.v. de vennoten, derden), maar constitueert de overdracht zelf niet. Evenzo moet men van de overeenkomst tot overdracht onderscheiden de operatie van de transfer in de registers van de vennootschap, die slechts een uitvoering is, en geen middel om een onrechtstreekse schenking te realiseren.

M.a.w. wij staan hier voor een rechtstreekse schenking. Bijgevolg kan de overdracht van zulke aandelen enkel geschieden, — behalve bij vermomde schenking — via een notariële akte en mits eerbiediging dus van de vormvereisten voorgeschreven bij art. 931 B.W.

Deze conclusie van het hof van beroep te Brussel (6 maart 1961, *Pas.*, 1962, II, 65) is onafwendbaar (In die zin : Rb. Gent, 14 juli 1956, *Rec. gén. enreg.*, 1959, 449; — Brussel, 19 maart 1950, *J.T.*, 1952, 104; — De Page, o.c., VIII, nr. 417; — Pirson, R., *Examen de jur.*, R.C.J.B., 1960, 445).

48 - Deze gift kon evenmin verwezenlijkt worden door een gift van hand tot hand, vermits zij tot voorwerp had een naakte eigendom alleen, en tevens omdat, zoals bekend, de handgift uitgesloten wordt geacht voor alle onlichamelijke goederen, waarvan de eenvoudige *traditio* niet volstaat om ze volledig over te dragen; dit is het geval voor alle aandelen andere dan aandelen aan toonder (waar het recht geïncorporeerd is in de titel), met name de aandelen op naam, waarvan de eigendom essentieel gebonden is, niet aan een document, maar aan een inschrijving in de registers van de vennootschap en andere formaliteiten, zoals die voorgeschreven door art. 1690 B.W.

Deze regel werd nauwkeurig toegelicht en toegepast in een arrest van het hof te Luik dd. 14 februari 1962 (*Rec. gén. enreg.*, 1963, nr. 20613; *Jur. Liège*, 1963, 209, met noot M.H.): de zaakvoerders van een p.v.b.a. mogen weigeren een onderhandse overdracht onder kosteloze titel in te schrijven in het register van de deelgenoten. (Zie Ronse, J., *Overzicht van rechtspraak* (1961-63). *Vennootschappen*, T.P.R., 1964, blz. 203; — en verder : Allen, R., *Le transfert à titre gratuit des actions et parts nominatives des sociétés commerciales*, *Rev. prat. Soc.*, 1960, nr. 4860, blz. 1).

In dezelfde zin is gesteld het arrest van het hof van beroep te Brussel van 11 februari 1964 (*Ann. not. enreg.*, 1964, blz. 73).

49 - LIJFRENTÉ. — Hetzelfde geldt voor de gift van een lijfrente (Cass., 14 mei 1959, *T. Not.*, 1961, 164; *R.W.*, 1960-61, 1905; *Rec. gén. enreg.*, 1963, 110); zij is noodzakelijk onderworpen aan de vormvereisten van art. 931 B.W. (zie art. 1969 B.W., dat daarnaar verwijst).

50 - Indien de lijfrente gevestigd wordt ten gunste van een derde persoon, in de vorm van een *beding ten behoeve van een derde*, dan hebben we, zoals bekend, te maken met een waarachtige schenking die niet onderworpen is aan de vormvereisten van art. 931, tenzij, besliste zeer recent het hof van cassatie, de overeenkomst, waardoor de lijfrente gevestigd wordt, geënt is op een hoofdcontract dat zelf een schenking onder de levenden uitmaakt, die wel aan de vormvereisten van art. 931 onderworpen is; in dat geval is het *beding ten behoeve van een derde* onderworpen aan de vormen vereist voor het hoofdcontract, waarvan het de voorwaarde is (Cass., 15 februari 1965, *R.W.*, 1965-66, 97, waardoor het arrest van Brussel 7 mei 1963 wordt vernietigd).

51 - POSTOVERSCHRIJVING. — Een bankrekening wordt geopend op naam van twee personen; de betrokken speciën en titels aan toonder zijn nochtans afkomstig van één der twee personen uitsluitend. Nadien laat de andere persoon een gedeelte op zijn persoonlijke rekening in een andere bank overschrijven. De ontleding van de rechtbank (Rb. Luik, 2 maart 1956) en van het hof van beroep (Luik, 9 februari 1959) leidden tot de aanvaarding van een gift van hand tot hand, verwezenlijkt door omkering van de titel. Het arrest werd verbroken door het hof van cassatie (2 februari 1961, *Pas.*, 1961, I, 587, noot R.H.; *Rec. gén. enreg.*, 1964, blz. 185) gevolgd door het hof te Brussel dat in zijn arrest van 12 december 1962 (*J.T.*, 1963, blz. 320; *Rec. gén. enreg.*, 1964, blz. 187) een nauwkeurige ontleding geeft van het geval.

De *begiftigde* kan voorzeker art. 2279 niet inroepen: zijn bezit voldeed niet aan de vereisten die het B.W. voor het deugdelijk bezit vooropstelt, met name de ondubbelzinnigheid: hij kon van bij de aanvang zelf afzonderlijk over de gelden en titels beschikken en het beheer erover was hem uitdrukkelijk opgedragen. Zijn bezit kon dus voldoende worden uitgelegd op grond van een andere titel.

Derhalve diende hij het bestaan in te roepen van een gift, een gift van hand tot hand. En hiervoor is, volgens de vigerende begrippen, naast de toestemming van beide partijen, de *traditio* vereist, de werkelijke en materiële overdracht.

Wat de aandelen aan toonder aangaat, deze lenen zich volmaakt tot het mechanisme van de handgift; zelf kan de overdracht door tussenpersoon gebeuren, en door omkering van de titel, nadat de aandelen reeds ten bepaalde titel in het louter bezit van de *begiftigde* waren, maar deze

omkering, deze *animus donandi* kan alleen bewezen worden volgens de artikelen 1341 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, d.i. met een geschrift, wanneer het gaat om een waarde boven 3.000 F.

Wat de speciën aangaat is, volgens het hof van beroep te Brussel, elke handgift uitgesloten. Het mechanisme van de overschrijving is inderdaad geen werkelijke en materiële *traditio*: een bankdeposito schept enkel een schuldvordering en een overschrijving is een mandaat aan de bank om een andere schuldvordering te doen ontstaan ten gunste van een andere persoon; het is geen overdracht van de gelden zelf, noch van een titel waarin het recht zelf geïncorporeerd is, maar van een schuldvordering, waarbij alleen bewijsstukken worden uitgewisseld.

Zo luidt inderdaad de beoordeling van de rechtsleer. En de kwalificatie in juridische termen van de overdracht door postoverschrijving is ongetwijfeld juist. En zonder twijfel moet men blijven vasthouden aan de vereiste van de werkelijke *traditio* en het karakter van zakelijk contract. Maar men moet zich toch afvragen of het redelijk is als zulkdanige overdracht nog alleen de materiële overdracht *van hand tot hand* te aanvaarden. Men neemt de overdracht door tussenpersoon aan, of door omkering van de titel. Moet men ook niet de overschrijving van speciën in onze tijd als de normale overdracht beschouwen? (zie de noot in *Rec. gén. enreg.*, 1964, blz. 190).

52 - HANDGIFT OP TERMIJN. — Dit is een *contradictio in terminis*. De overdracht in de handen van een toekomstige begiftigde, met de precisering dat het goed aan de schenker zal blijven toebehoren tot aan zijn dood, maakt geen geldige handgift uit. De vereiste van de *traditio*, dit betekent de werkelijke overdracht als constituerend element voor de schenking, gedaan *animo donandi* en onherroepelijk, is niet verzoenbaar met een opschorsende termijn (Brussel, 11 februari 1964, na Rb. Bergen, 19 mei 1962, *Ann. not. enreg.*, 1964, 73; — De Page, o.c., VIII, nr. 354). Evenmin kan worden geconcipieerd een *belofte van handgift*.

53 - BEWIJS VAN EEN VERMOMDE SCHENKING. — Het bewijs van het bestaan van een vermomde schenking kan door de erfgenamen worden geleverd met alle middelen; de erfgenamen dienen hierbij inderdaad als derden te worden beschouwd, die optreden op grond van een eigen recht dat ze putten uit de wet. Van hen kan geen schriftelijk bewijs worden gevergd. De rechtspraak en de rechtsleer zijn unaniem (zie nog, in de besproken periode: Brussel, 7 december 1962, *J.T.*, 1963, 206; *Pas.*, 1964, II, 47; *Rec. gén. enreg.*, 1963, 386; — Rb. Brussel, 22 maart 1962, *J.T.*, 1962, blz. 354; *Rev. prat. Not.*, 1962, 386; — Rb. Antwerpen, 17 mei 1963, *R.W.*, 1962-63, 2109).

Ook vermoedens, *gewichtige, bepaalde en overeenstemmende vermoedens*, komen in aanmerking. Een belangrijk element kan zijn het feit dat sommen die men had moeten terugvinden in de nalatenschap, er niet meer zijn (Gent, 28 november 1961, *T. Not.*, 1962, 45; — Luik, 7 november 1963,

Pas., 1964, II, 84). Er dient nochtans gewaarschuwd tegen dit procédé van onrechtstreeks bewijs, dat niet meer dan als een element naast andere kan weerhouden worden.

54 - SCHATTING VAN HET GESCHONKEN VOORDEEL BIJ VERKOOP MET OPTIE. — Erfgenamen beweren dat een koopovereenkomst afgesloten door hun rechtsvoorganger een vermomde of onrechtstreekse schenking inhoudt. Zonder op de juiste kwalificatie in te gaan, beveelt de rechtbank de schatting om uit te maken of er een voordeel aanwezig was. Het betrof eigenlijk een eenzijdige belofte tot verkoop met optie, voor een bepaalde prijs. De optie wordt enige tijd later gelicht. Vraag is nu of men zich ten tijde van de verkoopbelofte, dan wel ten tijde van de lichting van de optie moet plaatsen om het onrechtstreeks voordeel te schatten. In eerste aanleg en in beroep (hof van beroep te Gent, 8 december 1960, *T. Not.*, 1961, 44, met noot; *R.W.*, 1960-61, 1051, met noot A. Claes), wordt het tweede tijdstip verkozen. Het arrest werd verbroken (*Cass.*, 1 juni 1962, *T. Not.*, 1962, blz. 199; *R.W.*, 1962-63, 890; *Rec. gén. enreg.*, 1963, blz. 441).

De redenering van het hof van cassatie blijkt onaanvechtbaar : opdat er schenking zou zijn dient de *animus donandi* vast te staan ; om dit te beoordelen is het van belang het verschil te schatten tussen de waarde van de twee prestaties en dit kan dan alleen gebeuren op het ogenblik dat de verkoper-schenker onherroepelijk besluit tot het stellen van de rechtshandeling.

55 - SCHENKING MET LAST. — Wanneer in geval van schenking met last, de uitvoering van deze last *onmogelijk* is geworden, zonder dat de verantwoordelijkheid hiervoor op een van de partijen kan worden gelegd, kan de schenker de gift niet laten ontbinden ; wel kan de rechter een gelijkwaardige last op de begiftigde leggen. De *onmogelijke last in casu* was de kosteloze inwoning van de vader van de begiftigde, welke door de gegroeide vijandschap tussen beide niet meer uitvoerbaar bleek ; een lijfrente werd gelijkwaardig geacht (Luik, 2 januari 1963, *Jur. Liège*, 1963, 285 ; — zie over deze uitvoering door een equivalente prestatie : Antwerpen, 7 december 1861, *B.J.*, 1864, 1469 ; — De Page, *o.c.*, VIII, nr. 635).

56 - KOOP-SCHENKING : SCHENKING VAN HET GOED OF VAN DE PRIJS. — Twee van goederen gescheiden echtgenoten kopen samen een onroerend goed, met gelden die uitsluitend van de man voortkomen. De echtgenote verwerft aldus de helft van het goed.

De vraag is of hier schenking van het goed dan wel schenking van de prijs aanwezig is. Gewichtige vraag vanzelfsprekend i.v.m. de schommeling, meestal stijging in waarde van het goed, waardoor het voorwerp van een latere terugkeer ten titel van herroeping, inbreng of inkorting, sterk kan verschillen.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel (15 mei 1957) herkende in de operatie een vermomde schenking van het goed. Korte tijd later

oordeelde een andere kamer van dezelfde rechtbank in eenzelfde geval, dat zulke oplossing juridisch onmogelijk was (24 december 1957, *J.T.*, 1958, blz. 358; *Ann. not. enreg.*, 1958, blz. 203).

Het hof van beroep van Brussel (4 januari 1961, *J.T.*, 1963, 135; *Rev. prat. Not.*, 1961, 144; *Ann. not. enreg.*, 1961, 52). hierin niet tegengesproken door het hof van cassatie (11 oktober 1962, *J.T.*, 1963, 134) komt tot het besluit dat alleen een gift van de prijs kan aanwezig zijn.

De bedingen van het koopcontract wezen uit dat het goed (de helft) uit het vermogen van de verkoper rechtstreeks overging in het vermogen van de koper, de echtgenote; vermits de man nooit eigenaar is geweest van het goed, redeneert het hof, en de eigendomsovergang de essentie zelf is van de koop, kan hij het ook niet hebben geschonken aan zijn echtgenote.

Volgens deze redenering is de enige schenking die er kan geweest zijn, een handgift van de prijs, indien die aan de echtgenote werd ter handgesteld, of een onrechtstreekse schenking (geen *vermomde*: zie De Page, o.c., VIII, nr. 414, blz. 529), door betaling van een anders schuld.

Eenzelfde conclusie vinden wij in het vonnis van de rechtbank te Brussel van 22 maart 1962 (*J.T.*, 1962, 334; *Rev. prat. Not.*, 1962, 386). De uitspraak van het hof van beroep is gesteld tegen de enkele eerste pogingen van onze rechtspraak (Rb. Antwerpen, 11 juni 1948, *R.W.*, 1948-49, 276; — Brussel, 17 oktober 1951, *Rev. prat. Not.*, 1952, 48; — in de andere zin: Cass., 23 december 1915, *Pas.*, 1917, I, 4; — Brussel, 30 april 1952, *Rev. prat. Not.*, 1955, 111; — Brussel, 24 oktober 1957, *J.T.*, 1958, 368) om, loskomend van de strenge analyse van de rechtsverhoudingen tussen de drie partijen in ons driehoeksgeval, de ware bedoeling van partijen te verwerklijken en tevens de erfgenamen daardoor te beschermen tegen een gemakkelijk procédé dat er veelal op gericht is hun rechten op inbreng en reserve *in natura* of in actuele waarde te ontnemen, in een tijd van algemene daling van de koopkracht van het geld (zie Brussel, 17 oktober 1951, *Rev. prat. Not.*, 1952, blz. 48, met noot J. Baugniet en voor verdere verwijzingen, zie de kritische bespreking van Pirson, *R.C.J.B.*, 1960, blz. 445-450).

Om aan de gemelde *juridische onmogelijkheid* te ontkomen had de verliezende partij in het geschil vóór het hof van beroep beroep gedaan op een voorstelling van zaken, reeds door J. Boulanger (*Rev. trim. dr. civ.*, 1950, blz. 16) en nadien door Pirson (in de aangehaalde bespreking) gesuggereerd, die, zonder aan de juridische verhoudingen (te zeer) geweld te doen, de bedoeling van partijen eerbiedigt: de begiftigde (hier de echtgenote) verwerft het goed voor rekening van haar man, die de ware koper is en die dus de gelden moet ter beschikking stellen. Dan zou, als besluit van de operatie, het goed door de echtgenote aan de waarachtige koper, de man, dienen overgedragen te worden. Maar de man ontslaat daarop de schijnbare koper, de vrouw, van de verplichting die ze had tot afgifte van het goed in haar kwaliteit van naamlener. En deze vrijstelling is een kwijtschelding van schuld, een onrechtstreekse schenking, dus niet onderworpen aan de vormvereisten van de authentieke schenking.

De denkinspanning van deze en enkele andere auteurs werd ondertussen reeds beloond in een moedig vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dd. 17 mei 1963 (R.W., 1962-63, 2109).

Hoewel het hof van beroep te Brussel deze voorstelling niet geheel afwijst — het vindt geen bewijs voor het bestaan van dergelijke ingewikkelde overeenkomst — blijkt zijn laatste woord toch te zijn een bevestiging van de stelling dat de schenker het goed niet kon geschonken hebben, vermits hij het nooit in eigendom had; te oppervlakkige benadering ongetwijfeld van deze complexe operatie, leidend tot een onbillijk resultaat.

De feitenrechter behoudt, o.i. ook na het besproken arrest, zijn bevoegdheid om te oordelen volgens het geval, in acht genomen de intenties van partijen en de omstandigheden. En elke juridische theorie die toelaat de misbruiken, de ontduikingen van de reservebescherming e.d.m. in bepaalde gevallen te ondervangen, is welkom. Hopen wij nu dat de rechtsleer, die de billijkheid erkent van de oplossing voorgestaan door Pirson en toegepast in het vonnis van de rechtbank van Antwerpen, ook haar bezwaren van technisch-juridische aard kan overwonnen zien, dank zij de — alhoewel enigszins gezochte — constructie die werd gesuggereerd.

HOOFDSTUK VI

VOORBEHOUDEN EN BESCHIKBAAR GEDEELTE

57 – INKORTING VAN SCHENKINGEN AAN RESERVATAIREN. — Een cassatie-arrest van 8 november 1963 (R.W., 1964-65, 816; *Pas.*, 1964, I, 226; *J.T.*, 1964, 380; *Rev. prat. Not.*, 1964, 364) brengt ons een beslissing in twee klassieke principiële kwesties in deze materie, beslissing welke geheel ligt in de lijn van de geldende rechtspraak en de grote meerderheid van de rechtsleer, maar die o.i. niet kan worden goedgekeurd.

58 – De eerste betreft de inbreng en de inkorting van schenkingen aan een erfgenaam, die het beschikbaar gedeelte overschrijdt. *In casu* ging het om een onroerend goed. Het hof stelt dat het deel van de schenking dat het beschikbaar deel overschrijdt *in natura* dient *ingebracht* te worden.

Deze stelling is de klassieke (zie vooral *Cass.*, 30 maart 1944, *Pas.*, 1944, I, 281; *Rev. prat. Not.*, 1944, 315; — gevolgd door: *Gent*, 16 november 1945, *Rev. prat. Not.*, 1946, 19; — *Gent*, 13 mei 1954, *T. Not.*, 1954, 167; — *Rb. Gent*, 14 juli 1956, *T. Not.*, 1958, 21; — vgl. *Rb. Nijvel*, 7 augustus 1876, *Pas.*, 1878, III, 264).

Alleen komen het hof van beroep en, in zekere zin, het cassatiehof niet goed terecht met de terminologie en dit is dan tevens een inleiding op de kritiek die wij *ten gronde* te maken hebben.

Het hof van beroep wees de vordering *inbreng in natura* af omdat „artikel 866 van het Burgerlijk Wetboek slechts toepasselijk is op de wezenlijke inkorting en niet op de inbreng die overigens fictief is”, zonder zelfs

vast te stellen dat het beschikbaar deel door de gift was overschreden! De kleine les die het hof van cassatie spelt is evenmin overtuigend.

Pogen wij enige klaarheid te brengen. Er zijn drie bewerkingen te onderscheiden :

1) de *fictieve* vereniging van alle geschonken goederen in de fictieve massa van *berekening*, die dient opgesteld op papier, boekhoudkundig, niet in de werkelijkheid — om het beschikbaar gedeelte te bepalen, en dit ingevolge de bepaling van art. 922 B.W. (waarover trouwens verder).

2) de *inbreng* van de schenkingen aan erfgerechtigden gedaan zonder vrijstelling van inbreng, als voorschot nl. op hun erfdeel.

3) de *inkorting* van de schenkingen, andere dan de genoemde (dus de schenkingen aan niet-erfgerechtigden), alsmede volgens de vigerende leer, de schenkingen aan erfgerechtigden met vrijstelling van inbreng gedaan, die het *beschikbaar deel* overschrijden.

De inbreng gebeurt volgens het geval *in natura* of in mindere ontvangst (zie art. 859, 860, 868 en 869 B.W.); de inkorting gebeurt in de regel *in natura*, behalve in de uitzonderingsgevallen voorzien bij art. 866, 918, 924, 930 en, in zekere zin, art. 2279.

Nu is het zo dat verschillende artikelen, die het geval van schenkingen bedoeld onder (3) tot voorwerp hebben welke volgens de huidige leer vatbaar zijn voor inkorting, spreken van de inbreng i.p.v. de inkorting : also art. 866, 918, 924 en vooral art. 844, dat expliciet het algemeen geval behandelt. Een *vergissing* van de wetgever, een vrij systematische vergissing dan. Ziedaar de klassieke stelling. Bedoeld is, zegt men, de *inbreng* in niet-technische zin beschouwd, i.a.w. het *terugbrengen*.

Deze stelling heeft betreuenswaardige gevolgen in de praktijk. Een zoon kreeg een pak aandelen met vrijstelling van inbreng ; het gedeelte daarvan dat het beschikbare overschrijdt, moet hij *in natura* terugbrengen in de (voorbehouden) erfmassa en dan is het aan de aleatoire lotendeling onderworpen. Men kan zich terecht afvragen of het niet verkieslijk is een reservataire erfgenaam, die toch recht heeft op een deel in de reserve, zijn deel te laten opnemen door het behoud van de reeds gekregen goederen ! Dat zou tegemoetkomen aan de algemene en moderne strekking tot het vermijden van versnipperde en daarom onuitbaatbare vermogensbestanddelen (zie trouwens de voorschriften van art. 832 B.W.).

Het antwoord van de rechtspraak en de rechtsleer luidt : er is de formele bepaling van de wet. Dit is precies niet het geval, zoals we aanduidden. Er is alleen de zeer betwistbare interpretatie ! O.i. is de regeling van het Wetboek namelijk zeer logisch en samenhangend.

Men vindt het beginsel neergelegd in artikel 843 : de inbreng bij schenkingen aan erfgerechtigden is de regel (gelijkheid onder de kinderen). Uitzonderlijk kunnen bepaalde giften worden gedaan in alle vrijheid en kunnen ze door de reservataire worden behouden. Doch deze uitzonderingen moeten binnen de strenge grenzen van het beschikbaar gedeelte worden gehouden. Wat daarbuiten werd gegeven en werd vrijgesteld van inbreng, kan door de wet als dusdanig, als definitief *gegeven*, als een bevoordeling

op de andere kinderen, niet worden geduld. De *decujus* mag vrij de goederen van zijn nalatenschap wegschenken aan zijn kinderen; hij kan hen zelfs tot op zekere hoogte vrijstellen van de inbreng. Daarbuiten is de vrijstelling niet geldig, niet tegenwerpelijk aan de andere erfgenamen: als de dispensatie valt, komt de regel weer normaal in voege. Of de schenker vrijwillig niet van de inbreng vrijstelde of hij kon niet geldig vrijstellen, het resultaat is hetzelfde.

Indien de begiftigde de nalatenschap aanvaardt treedt voor hem bij het openvallen ervan *de plano* de verplichting op zijn schenking in te brengen — tenzij ze geldig is vrijgesteld.

Men moet voldoende aandacht hebben voor het bijzondere van de situatie waar de begiftigden tevens deelhebbers zijn in de voorbehouden nalatenschap.

Nu is het niet zo dat de inkorting van schenkingen automatisch en *de plano* zal plaatsgrijpen, ongeacht de positie en de keus van elke aanvrager. Eén van de reservatairen werd in zijn reserverechten zeker niet geraakt: de begiftigde zelf. Hij kan de inkorting tegen zichzelf niet instellen.

Onderstellen wij dat het gedeelte van de schenking dat het beschikbare overschrijdt niet groter is dan de individuele reserve van de begiftigde. De plaats die hij in de erfopvolging bij versterf innam komt (gedeeltelijk) vrij en het deel dat hem daarin moest toekomen eveneens. Wanneer de andere reservatairen hun reserve volledig kunnen opnemen uit erfgoederen, zoals *in casu* het geval is, dan hebben zij geen verdere eisen te stellen.

Als er ergens een inbreuk werd gepleegd dan is het op de — ingebeeelde — *regel* dat de *decujus* aan de devolutie van het voorbehouden deel zoals die door de wet is geregeld, niet mag raken, dat de reserve globaal moet vastgesteld zijn vooraf en dat vervolgens de reservatairen collectief hiertoe moeten komen, alsof de *decujus* er niet over beschikt had. Deze idee vinden we nog klaar naar voor gebracht in het geciteerd arrest van ons hof van cassatie van 30 maart 1944 (*Pas.*, 1944, I, 281).

Het bevreedt ons dat iedereen nochtans zulke inmenging van de *decujus* gewoon toelaat bij iedere gift zonder vrijstelling van inbreng van roerende goederen (en van onroerende, indien art. 860 toepassing vindt of indien gelijke goederen in de nalatenschap voorhanden zijn).

Men kan aannemen dat het feit dat het beschikbare gedeelte werd overschreden — *in abstracto* gezien — een *inkortingsprobleem* stelt. Dit probleem wordt in ons geval nochtans opgelost door een ander mechanisme, dat van de inbreng, dat er logisch vóór komt, vermits volgens onze stelling de titel zelf van de schenking tot deze inbreng verplicht. De nalatenschap werd dus door deze schenking niet verarmd, de voorbehouden nalatenschap dan evenmin. De inbreng heeft voor gevolg dat de reserve-rechten van de andere reservatairen worden gewaarborgd. De nalatenschap is ten opzichte van hen *volledig*. De verdeling ervan zal op een bepaalde wijze geschieden, maar dat raakt de reserve-regeling niet meer, wel het probleem van de gelijkheid *in natura*, dat in voldoeninggevende mate door de inbreng, ook in mindere ontvangst, wordt opgelost.

Onze stelling komt er dus op neer dat geen vordering tot inkorting moet plaats vinden in de verhoudingen tussen reservataire onderling (zie verder hierover : Bigo, A., *Relations du rapport et de la réduction*, Proefschrift, Rijsel, 1937, blz. 77 e.v. ; — Choteau, A., *Le rapport, mode unique de réduction des libéralités à un successible*, *Journal des Notaires*, 1948, blz. 353, 533 en 1949, blz. 233 ; — vgl. het arrest van het Franse hof van cassatie van 14 maart 1933, S., 1934, I, 121, met noot van H. Batiffol ; — zie verder over deze kwestie ons werk *De erfrechtelijke reserve*, Leuven, 1962, blz. 168-175).

59 - DE FICTIEVE MASSA VAN BEREKENING. — Hetzelfde cassatiearrest heeft in een meer expliciete conclusie een andere principeskwestie uitgemaaakt en eveneens in de zin van de traditionele oplossing.

Om het beschikbaar deel vast te stellen wordt een massa van berekening opgesteld die het vermogen van de *decurj* moet voorstellen, abstractie gemaakt van de gedane schenkingen en testamenten, m.a.w. bij de bestaande goederen van de nalatenschap worden (fictief) de geschonken goederen gevoegd en daarvan worden de passiva (schulden en lasten) afgetrokken. Op dit saldo wordt de fractie van het beschikbaar gedeelte genomen : $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{3}$ of $\frac{1}{4}$.

De vraag is nu : moet eerst de aftrek van de schulden gebeuren vóór de toevoeging van de schenkingen of moeten eerst de geschonken goederen worden toegevoegd en pas daarna de schulden worden afgetrokken. De twee werkwijzen leiden tot een verschillend resultaat indien de nalatenschap deficitair is.

Nemen wij een voorbeeld : bestaande goederen : 50.000, schulden : 70.000, schenkingen : 40.000. Volgens de eerste berekeningswijze is het saldo 40.000, volgens de tweede is het 20.000.

De tekst van artikel 922 B.W. schrijft in ondubbelzinnige termen de tweede werkwijze voor. Rechtspraak en rechtsleer hebben steeds gemeend van deze expliciete bepaling te moeten afwijken op grond van de beschouwing dat dergelijke werkwijze in geval van een deficitaire nalatenschap ertoe zou leiden schulden te laten betalen door geschonken goederen, waardoor de schuldeisers van de inkorting zouden genieten, hetgeen door artikel 921 B.W. verboden is.

Deze redenering werd niet verder onderzocht door het hof, dat gewoon verwijst naar de bestaande rechtsleer en rechtspraak. Zulks is te betreuren, daar de verliezende partij van deze principiële kwestie haar zaak had gemaakt en anderzijds daar ... de redenering niet steekhoudend is.

Wij laten hier de historische en exegetische argumenten terzijde (zie over de ganse kwestie, de behandeling in ons werk *De erfrechtelijke reserve*, blz. 64-75 ; — en zelfs nog verder gaande : Dekkers, R., *Du conflit entre les articles 921 et 922 du code civil*, *Ann. not.*, 1959, blz. 41-48 ; — eveneens ons artikel *Voorbehouden deel en rechten van de schuldeisers*, R.W., 1957-1958, 1179-1186).

De tekst van artikel 922 sluit ongetwijfeld wonderwel goed aan bij de basistechniek van de reserve, die een erfrechtelijk karakter heeft : dien-

volgens stelt het artikel de fictie dat de schenkingen geacht werden nooit te zijn gedaan en dat de geschonken goederen zich nog in de nalatenschap bevinden; de schenkingen zijn, met het oog op het berekenen van het beschikbaar deel, niet tegenwerpelijk aan de reservatairen. De grondidee is die van de eenheid van het vermogen, dat hersteld wordt in zijn volledigheid: de geschonken goederen worden bij de bestaande goederen gevoegd als integrerende elementen van dit vermogen. Daarom trouwens moeten beide bestanddelen worden geschat op eenzelfde basis en tijdstip, nl. bij de dood (zelfde art. 922).

Men verwijdert zich dan ook van deze basistechniek door de geschonken goederen eenvoudig te voegen bij de nettowaarde van een actief.

De tegenstrijdigheid tussen artikel 921 en artikel 922? Zij bestaat niet. Het voorwerp van beide artikels is verschillend; in het eerste geval wil men nagaan wat er met het eventueel teruggevorderde zal gebeuren, in het tweede geval wil men enkel berekenen of en hoeveel teruggevorderd mag worden van de begiftigden. In het eerste geval gaat het om de verhouding tussen reservatairen en schuldeisers, nl. om het verhaalsrecht van deze laatsten, het tweede stelt de reservatairen tegenover begiftigden en legatarissen en regelt slechts een parenthese in de vereffening, nl. de fictieve opstelling van de berekeningsmassa.

De gebruikte begrippen zijn bijgevolg niet dezelfde. Wanneer het gaat over de verhouding met de schuldeisers moet men werken met de werkelijke opbrengstsom van de bestaande goederen; indien het verhaalsrecht van de schuldeisers op de goederen betekenisvol was voor het geval van artikel 922, dan zou alleen het opbrengstbedrag in aanmerking komen; welnu in het genoemde geval is zulks niet toegelaten en dient men tegenover het werkelijk bedrag der schulden een schattingsbedrag te stellen.

De letterlijke toepassing van artikel 922 brengt, als enig verschil met de op dit ogenblik aanvaarde oplossing, met zich mee een vermindering van de berekeningsmassa, nl. met de waarde van de schulden die de bestaande goederen overtreffen. Hierdoor wordt vanzelfsprekend het beschikbaar gedeelte verminderd maar eveneens het reservataire, zodat de schulden die de activa overtreffen — en door een letterlijke toepassing van artikel 922 ingeschakeld worden — niet alleen door de begiftigden worden gedragen.

Wij nemen aan dat de goederen die door de inkorting terugkeren niet het rechtstreeks pand uitmaken van de schuldeisers (aldus, Dekkers, in het aangehaald artikel). Maar de berekening van artikel 922 is een ander probleem.

Benadeelt men de begiftigde ten voordele van de schuldeisers? Maar neen. Want in beginsel, in de hypothese, waarvan men toch moet uitgaan als zijnde de normale, nl. die van de zuivere aanvaarding, zal de schuldeiser zijn vordering toch kunnen verhalen op de erfgenamen, zelfs als de bestaande goederen onvoldoende zijn, omwille van de vermenging van beide patrimonien, nalatenschap en persoonlijk patrimonium van de erfgenaam: de erfgenaam wordt de persoonlijke schuldenaar van de schuldeiser en zal

desnoods uit eigen vermogen moeten betalen, o.a. door hetgeen hij... uit de inkorting verwerft!

De oplossing van de rechtspraak benadeelt de reservataire ten gunste van de begiftigde. Onze oplossing verdeelt de last van de overdreven schulden over beiden. Is dat niet billijk? Als in onze oplossing, de erfgenaam meer goederen ontvangt (via de inkorting) dan is het omdat hij voor meer schulden hoeft in te staan.

De opwerping luidt vanzelfsprekend; de reservataire zal het voorrecht van boedelbeschrijving inroepen.

Vooreerst lijkt ons de hypothese van een zuivere aanvaarding niet zo *onlogisch*, niet zo denkbeeldig en zeker in niet geringe mate in de praktijk navijlsbaar. Inderdaad, het voorrecht van boedelbeschrijving is een echt voorrecht, d.w.z. a) het moet ingeroepen worden (het kan bij vergissing nagelaten worden) en b) het moet effect sorteren: men kan het verliezen en men kan zich *verbranden* door de daad van gewone aanvaardende erfgenaam te stellen. Bovendien is het mogelijk dat er bewust, ingevolge beschouwingen van morele aard, geen beroep wordt op gedaan, door kinderen en natuurlijk ook ouders, die uit eerbied voor de nagedachtenis van de dode of om andere redenen hun verantwoordelijkheid niet willen beperken.

We kunnen dan zeggen dat in het theoretisch denkbaar en praktisch voorkomend geval van een zuivere aanvaarding de woorden *ni en profiter* van art. 921, waarop men zich steunt, zonder betekenis blijken te zijn.

Vanzelfsprekend kan de beneficiaire erfgenaam zijn verplichting tot betaling van de schulden herleiden tot de bestaande goederen die hij uit de boedel opneemt, en toch nog in alle vrijheid de actie tot inkorting, waarvan de gevolgen uitsluitend aan hem te goede komen, instellen. Maar welke zal in dit geval de omvang zijn van de inkorting ten zijnen behoeve? Kan men die inkorting nog laten berekenen volgens een balans waarop voorkomen bepaalde schulden die nooit zullen betaald worden? Kan men het bedrag van deze schulden handhaven en erdoor het beschikbaar gedeelte doen verminderen? Moet het saldo van de passiefzijde niet verbeterd worden zoals in het geval van verjaarde, natuurlijke, vrijgescholden schulden, enz., in die zin dat het nominaal schuldenbedrag dient vervangen door het werkelijk bedrag? Dit hoeft men na de eerste opstelling van de balans nog in andere situaties te doen, nl. waar het gaat om onzekere of voorwaardelijke schuldvorderingen die men eerst voor hun nominaal of voor een geschat bedrag moet noteren en nadien, wanneer de werkelijke waarde gekend is, voor deze laatste in rekening moet brengen.

Men kan de beneficiaire erfgenaam niet toelaten bij zijn vordering tot inkorting de begiftigden bepaalde schulden tegen te werpen die hij nooit hoeft te betalen en dienvolgens het beschikbare gedeelte te verminderen.

We stellen dus vast dat in het geval van zuivere aanvaarding onze interpretatie verschillend uitkomt van de algemeen aanvaarde werkwijze, maar dat in de hypothese van beneficiaire aanvaarding de praktische oplossingen uiteindelijk dezelfde zijn.

Kan men dan niet zeggen, zoals de meerderheid van de rechtsleer : „Normalerweise zal men er wel voor zorgen het voorrecht in te roepen” en voor de rest van de redenering de hypothese van de beneficiaire aanvaarding als de enig mogelijke aanzien ? Dát nu lijkt ons niet verantwoord, vooral theoretisch : 1) omdat men hierbij pertinent ingaat tegen de uitdrukkelijke tekst van de wet, waarvan de geschiedenis uitwijst dat hij niet op een redactiefout berust ; 2) omdat men zich hierdoor verwijderd van de basisopvatting van de instelling, haar successoraal karakter, waarvan men de andere aspecten op andere domeinen zonder tegenspraak aanvaardt ; en 3) omdat men op een lid van een artikel beroep doet dat niet alleen niet relevant is voor onze hypothese, maar waaraan op zichzelf ook geen pregnante betekenis kan toegekend worden. Maar ook praktisch is het niet verantwoord : 1) omdat men de situatie in een niet denkbeeldige hypothese, die van de zuivere aanvaarding, miskent ; 2) omdat men van een bijzonder voorrecht de algemene regel wil maken en hiervan als beginsel wil uitgaan en 3) omdat men hierbij, vergetend dat het voorrecht slechts optreedt binnen het kader van de individuele situatie van elk reservataire (wegens de deelbaarheid van de schuld en de deelbaarheid van de aktie tot inkorting), *a priori* onderstelt dat elke reservataire dezelfde houding zal aannemen.

Ziedaar de redenen die ons ten sterkste doen twijfelen aan de gegrondheid van de werkwijze waarmee eenieder, behalve het Wetboek, het zo roerend eens is.

60 - HET GEADOpteERD KIND EN DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 1098 B.W. — Een mooie twistvraag en een uitnodiging tot een redenering *per analogiam* liggen besloten in de bepaling van de reserverechten van het geadopteerd kind t.a.v. schenkingen en testamenten aan de echtgenoot van de adoptant, wanneer het kind werd geadopteerd vóór het huwelijk van de adoptant. Mag dit kind worden gelijkgesteld met een kind gesproten uit een *vorig huwelijk* en mag het als dusdanig artikel 1098 inroepen, dat een bijzondere reservebescherming vestigt ten gunste van kinderen uit een vorig huwelijk ?

Hoewel het hier gaat om een vraag die reeds onze oudere auteurs ophield, is onze rechtspraak pas in de laatste jaren met het probleem geconfronteerd. Wij citeren vooral het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel dd. 24 april 1958 (*Pas.*, 1959, III, 110), dat werd bevestigd door het hof van beroep te Brussel (arrest van 23 december 1959, *Rev. prat. Not.*, 1960, 45). Anders dan in de Franse rechtspraak en volgens de mening van de heersende rechtsleer in beide landen, aanvaardde onze rechtspraak de gelijkstelling en het recht voor het geadopteerd kind om beroep te doen op artikel 1098. Wij kunnen hier best verwijzen naar de grondige kritische bespreking, waarmee Prof. Pirson zijn overzicht van de rechtspraak opent in de *Revue critique de jurisprudence belge* (1960, blz. 410-418).

Vermelden wij alleen dat nu ook ons hoogste gerechtshof zich bij de stelling van het hof van beroep te Brussel heeft aangesloten (Cass., 27 ok-

tober 1961, *Pas.*, 1962, I, 222; *Rev. prat. Not.*, 1963, 420; *Ann. not. enreg.*, 1963, 113).

61 — BEDING VAN OVERNAME. — Met het *overnamebeding* in de contractuële erfstellingen en de testamenten weet onze rechtsleer nog geen blijf. Ieder geeft het toe dat het in veel gevallen een evenwichtige oplossing is en aanzienlijke economische en psychologische voordelen biedt: het laat aan de overblijvende echtgenoot, de gewone beneficiaris, toe, mits betaling aan de gemeenschap of de nalatenschap van de waarde van het betrokken goed, dit laatste *in natura* over te nemen; aldus wordt de continuïteit van een uitbating verzekerd of blijft de echtgenote leven in het woonhuis, het algemeen kader dat het hare was tijdens het leven van de nu overleden echtgenoot.

De geldigheid van het beding wordt aanvaard wanneer het tot voorwerp heeft een goed dat behoort tot de huwelijksgemeenschap (het beginselarrrest van Cass., 10 november 1955, *R.C.J.B.*, 1957, 37, met studie van P. Van Ommeslaghe, *ibid.*, blz. 42-53).

Voor de geldigheid van dezelfde clause in verband met goederen behorend tot de nalatenschap blijken de bezwaren veelal onoverkomelijk te zijn.

Volgens een eerste theorie dient zulk beding gekwalificeerd als een *schenking*. Dit is bezwaarlijk aan te nemen vermits het materieel element ontbreekt: de verrijking van de een en vooral de *verarming* van de ander, ook wanneer men stelt — hetgeen al logischer is — dat de schenking niet het goed zelf maar het optierecht tot voorwerp heeft. Toch is dat de mening van een deel van onze rechtsleer en rechtspraak (Brussel, 6 maart 1907, *Pas.*, 1907, II, 160; *Rev. prat. Not.*, 1907, 218; — Gent, 13 februari 1931, *Rev. prat. Not.*, 1931, 314; — zie verder de verwijzingen in de vermelde studie van Van Ommeslaghe, *R.C.J.B.*, 1957, blz. 45, en in het artikel van Vandersavendts, A., *Het beding van overname op schatting ten voordele van de langstlevende echtgenoot*, *T. Not.*, 1963, 225-232).

Zij werd recentelijk nog aangenomen door het hof van beroep te Gent (arrest van 24 november 1962, *T. Not.*, 1964, 201).

Men kan zich dan wel afvragen hoe dit optierecht, als vermogensbestanddeel, geschat wordt met het oog op de aanrekening op het beschikbaar deel? Veelal, eveneens in het geval voor het hof te Gent, wordt het antwoord op die vraag vergemakkelijkt door het feit dat reeds het ganse beschikbaar gedeelte vooraf werd weggeschonken, zodat het optierecht, hoe laag het ook moge geschat worden, precies de maat deed overlopen en de ganse clause dan dient nietig verklaard. (Een kleine vraag: vermits men dit optierecht als een vermogensbestanddeel bestempelt, heeft men er dan telkens ook aan gedacht het in de fictieve massa van berekening op te nemen? Het antwoord is natuurlijk negatief, maar dit wijst nog op het onverdienstelijke van de stelling).

Het beding is ongetwijfeld niets anders dan een belofte van verkoop en heeft dus een bezwarend karakter (Dekkers, o.c., III, nr. 333; — Van Ommeslaghe, *art. gec.*, blz. 45, met verdere verwijzingen).

Maar dan dnikt onvermijdelijk de verbodsregel op in verband met overeenkomsten over toekomstige nalatenschappen. De rechtbank van eerste aanleg van Brugge (10 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 106) riep, om het genoemde beding te vernietigen, deze verbodsregel in, samen met het veel minder overtuigende motief dat zulk een beding het recht zou aantasten van de reservataire erfgenamen om hun voorbehouden gedeelte *in natura* te ontvangen (zie ons werk, *De erfrechtelijke reserve*, nr. 309).

De rechtsleer en rechtspraak, welke deze lijn van ontleding volgt besluit tot de nietigheid. Wij verwijzen naar het onderzoek van deze rechtspraak bij Piret et Pirson (*Examen de jurisprudence*, *R.C.J.B.*, 1956, blz. 116-120). Alleen dient gewezen op de afwijkende stelling van De Page en Dekkers voor wie een beschikking onder bijzondere titel nooit onder de verbodsbepaling moet vallen (Dekkers, *o.c.*, III, nr. 333, en het artikel van deze auteur *Toekomstige nalatenschappen en syndicaten van aandeelhouders*, *R.W.*, 1954-55, 1617; — De Page, *o.c.*, X (*Complément*) nr. 1065, B).

62 - DE ARTIKELEN 1099 EN 1100 B.W. (SCHENKINGEN AAN TUSSENPERSONEN) ZIJN OOK OP LEGATEN VAN TOEPASSING. — Deze artikelen vestigen een vermoeden van vermomming betreffende *schenkingen* aan tussenpersonen. Het hof van cassatie (10 januari 1963, *Ann. not. enreg.*, 1963, 42) heeft alle exegetische argumenten afgewezen om aan deze bepaling de legaten te onttrekken. Artikel 1099, alsmede artikel 1100, dat nauw aansluit bij het vorige, slaan hoofdzakelijk op de voorafgaande artikelen, vooral de bekende artikelen 1094 en 1098 inzake het bijzonder beschikbaar deel tussen echtgenoten, waaraan men nooit een beperkte betekenis, als zijnde alleen betrokken op de schenkingen onder de levenden, heeft gegeven.

De *ratio legis* is trouwens identiek dezelfde voor wat legaten als voor wat schenkingen onder de levenden aangaat. Art. 1099 en 1100 bevatten ingrijpende imperatieven die de wetgever niet kan beperkt hebben tot een van de twee gelijke situaties waar het probleem van de giften aan tussenpersonen gesteld wordt.

Voegen wij eraan toe dat de bewoording *schenken* bij onze wetgever veelal de algemene betekenis heeft van *geven*, afstaan *om niet* en dat de term *schenking bij testament* (art. 1423 B.W.) voor hem blijkbaar geen contradictie insluit. Wanneer het onderscheid dient gemaakt tussen de testamenten en de schenkingen in strikte zin, wordt er meestal op gewaakt de uitdrukking *schenking onder de levenden* aan te wenden (zie bv. art. 1422).

63 - DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 918 B.W. OP „GEMENGDE RECHTS-HANDELINGEN”. — De lijst twistvragen die het berucht artikel 918 doet rijzen is wel eindeloos. Eén daarvan betreft zijn toepasselijkheid voor gemengde akten, bv. voor een verkoop van een goed tegen een prijs betaalbaar in kapitaal én tevens tegen een lijfrente.

In een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Antwerpen dd. 29 juni 1962 (R.W., 1962-63, 799) vindt men een zeer nauwkeurige ontleding van de nog aarzelende rechtspraak (vooral Gent, 5 mei 1950, T. Not., 1950, 222) terzake. Tevens worden de redenen in herinnering gebracht waarom enkel één oplossing als de juiste kan worden weerhouden : de splitsing van de rechtshandeling met het oog op de toepassing van artikel 918, m.a.w. een gedeeltelijke toepassing van dit artikel.

Het vermoeden van kosteloosheid van artikel 918, kan, als een uitzonderingsregel van strikt recht niet worden uitgebreid tot de gehele rechtshandeling ; anderzijds kan men de toepassing niet volledig weglaten : het zou dan inderdaad volstaan een (symbolische) vaste prijs te voorzien om het gehele vermoeden uit de weg te gaan.

De bewering dat men aldus een ondeelbare rechtshandeling splitst, gaat niet op : de schenker zelf heeft deze splitsing georganiseerd. En, zoals de rechtbank laat opmerken, het is ook niet omdat er eenheid van *instrumentum* is dat er geen meervoudigheid van *negotium* kan aangenomen worden.

Het is de oplossing die wordt verdedigd door de heersende rechtsleer (Kluyskens, o.c., nr. 118 ; — De Page, o.c., VIII, nr. 1459 en 1464 ; — Laurent, o.c., XII, nr. 123 ; — Piret et Pirson, *Examen de jurisprudence*, R.C.J.B., 1949, 289 en 1952, 316 ; — in dezelfde zin : Rb. Gent, 30 mei 1945, T. Not., 1946, 144).