

# ASPECTEN VAN VERMOGENSPLANNING

**Jan BAEL**

Hoofddocent UGent,  
Geassocieerd notaris te Gent



## HOOFDSTUK I. HET TESTAMENT

## § 1. Wanneer kan een persoon onder bewind een testament maken?

## A. Vroegere wetgeving

**777.** Onder de vroegere wetgeving (meer bepaald onder de wetgeving van toepassing na de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003) kon de persoon onder voorlopig bewind enkel een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging door de vrederechter (art. 488*bis*, h), § 2, eerste lid BW).

De machtiging van de vrederechter tot het opmaken van een testament was nodig bij alle personen die onder voorlopig bewind waren geplaatst. In alle gevallen waarin een voorlopig bewindvoerder was aangesteld, kon de persoon onder voorlopig bewind slechts geldig een testament maken na machtiging door de vrederechter<sup>1022, 1023</sup>.

**778.** De persoon onder voorlopig bewind behoefde ook een machtiging van de vrederechter voor het opmaken van een testament als de vrederechter bij de aanstelling van de voorlopig bewindvoerder de omvang van de machten van de voorlopig bewindvoerder had bepaald en indien de beschermde persoon daarbij wel nog onder bezwarende titel over zijn goederen kon beschikken. Aldus moest ook een machtiging voor het opmaken van een testament worden bekomen in het geval dat de vrederechter de voorlopig bewindvoerder had aangeduid voor het stellen van een welbepaalde rechtshandeling of een welbepaalde categorie van rechtshandelingen.

Dit standpunt volgde uit de algemene formulering van artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (“De beschermde persoon kan slechts geldig ... een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging ... door de vrederechter ...”) en het feit

<sup>1022</sup> A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 44, nr. 75; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 39, nr. 90; F. REUSENS, “L’administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003”, *Rev.not.b.* 2005, p. 232, nr. 3.4; A. VAN DEN BOSSCHE, “Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter”, *T.Not.* 2007, p. 535, nr. 23 en p. 536, nr. 27; A. VAN DEN BOSSCHE, “Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?”, *T.Vred.* 2007, p. 227, nr. 17 en p. 229, nr. 21; E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 682.

<sup>1023</sup> Sommige auteurs meenden dat de machtiging enkel vereist was voor de beschermde persoon die onder een algemeen bewind stond dat voorzag in vertegenwoordiging. In geval van een beperkte opdracht tot vertegenwoordiging of bij uitdrukkelijke bepaling van een restbekwaamheid aan de beschermde persoon, bleef deze dan bekwaam om giften te doen of een uiterste wilsbeschikking te maken, wanneer het voorwerp van de gift of de uiterste wilsbeschikking goederen waren waarover de beschermde persoon nog onder bezwarende titel kon beschikken (zie o.m. P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 290-291, nr. 336; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 185, nr. 394). Wanneer de voorlopig bewindvoerder een algemene of bijzondere opdracht van bijstand had, kon de beschermde persoon volgens SWENNEN zonder bijstand een testament maken.

dat nergens in de wet een uitzondering op dat principe werd gemaakt. In alle gevallen waarin een voorlopig bewindvoerder was aangesteld, kon de persoon onder voorlopig bewind slechts geldig een testament maken na machtiging door de vrederechter.

Was de voorlopig bewindvoerder aangesteld voor het stellen van één specifieke rechtshandeling en was die specifieke rechtshandeling door de voorlopig bewindvoerder gesteld voor rekening van de beschermde persoon, dan was naar mijn mening het voorlopig bewind opgehouden, stond de betrokken persoon dus niet meer onder voorlopig bewind en was dus geen machtiging meer vereist voor het opmaken van een testament. Zolang de bewuste rechtshandeling niet was gesteld, kon echter enkel met machtiging van de vrederechter een testament worden opgemaakt.

**779.** De wet van 18 juli 1991 op het voorlopig bewind is niet alleen toepasbaar bij aantasting van de geestesvermogens, maar ook bij lichamelijk onvermogen<sup>1024</sup>. Dit blijkt ook uit het opschrift van de wet van 18 juli 1991 “betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun *lichaams-* of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren”.

Ook een persoon met een louter lichamelijke handicap of een persoon die langdurig opgenomen was in een ziekenhuis, doch louter een lichamelijk probleem en geen geestelijk probleem had, kon dus onder het statuut van het voorlopig bewind worden geplaatst.

Ook die persoon onder voorlopig bewind met een louter lichamelijke handicap of met een louter lichamelijk probleem had een machtiging van de vrederechter nodig voor het opmaken van een testament. De wet op het voorlopig bewind bepaalde dus ook voor deze personen dat het testament enkel kon worden opgemaakt na daartoe behoorlijk gemachtigd te zijn door de vrederechter.

In de beschikking van de vrederechter van Overijse-Zaventem was er sprake van een vrouw die enkel en alleen om reden van volledige blindheid onder voorlopig bewind was geplaatst. Deze vrouw vroeg terecht de machtiging tot het opmaken van het testament aan de vrederechter, die zich bevoegd achtte en de machtiging verleende<sup>1025</sup>.

<sup>1024</sup> Vred. Fontaine-l'Évêque 22 december 2005, *T.Vred.* 2007, 245; S. DE MEUTER, “De nieuwe wetgeving m.b.t. de bescherming van de persoon en de goederen van de geesteszieke”, *WAkte* 1991, p. 182, nr. 39; J.-P. MASSON, “Le nouveau régime de protection des biens des incapables majeurs”, *Rev.not.b.* 1992, p. 176, nr. 2 en p. 177, nr. 4; W. PINTENS en A. VERBEKE, “Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige”, *RW* 1991-92, p. 169, nr. 1 en p. 170, nr. 4; A. VAN DEN BOSSCHE, “Een oude discussie opgelost” (noot onder Cass. 10 januari 2008), *NFM* 2008, 169.

<sup>1025</sup> Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494. De vrederechter van Overijse-Zaventem was blijkbaar wel niet volledig zeker over de noodzaak voor de blinde vrouw om machtiging te bekomen voor het opmaken van haar testament, aangezien hij machtiging gaf “– voor zoveel als nodig – over te gaan tot het opstellen van een testament”. De vrederechter gaat echter in de gepubliceerde tekst van de uitspraak niet verder in op de problematiek. Nergens anders blijkt uit de gepubliceerde tekst van de uitspraak twijfel over de noodzaak om een machtiging te vragen in het geval van een louter fysieke “onbekwaamheid”.

## B. Huidige wetgeving

**780.** Thans bepaalt het nieuwe artikel 905, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek dat de persoon die op grond van het nieuwe artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam is verklaard om te beschikken bij testament, toch een testament kan opmaken na machtiging te hebben verkregen van de vrederechter.

Er zijn onder de nieuwe wetgeving drie situaties denkbaar.

**781.** Wanneer de te beschermen persoon zich in een gezondheidstoestand bevindt die voorkomt op een door de Koning opgestelde lijst van de gezondheidstoestanden die geacht worden op een ernstige en aanhoudende wijze het vermogen aan te tasten van de te beschermen persoon om zijn belangen van vermogensrechtelijke aard behoorlijk waar te nemen, zelfs met behulp van bijstand (nieuw art. 492/5, eerste lid BW) is een *algemene onbekwaamheid* betreffende de rechtshandelingen en proceshandelingen met betrekking tot het vermogen de regel. De beschermde persoon moet dan vertegenwoordigd worden bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot zijn vermogen (nieuw art. 492/5, tweede lid BW). In dat geval is de persoon onder bewind niet bekwaam om een testament te maken zonder machtiging door de vrederechter, tenzij de vrederechter van dat principe van de algemene onbekwaamheid is afgeweken en alsnog tot een beoordeling op maat is overgegaan indien hij dit noodzakelijk acht (nieuw art. 492/5, derde lid BW) en uit die beoordeling op maat zou volgen dat de beschermde persoon niet onbekwaam is om een testament te maken.

In deze hypothese van de algemene onbekwaamheid is de persoon onder bewind in principe niet bekwaam om een testament op te maken en zal hij de machtiging van de vrederechter nodig hebben indien hij een testament wil opmaken<sup>1026</sup>.

**782.** Het is ook mogelijk dat de beschermde persoon zich niet in een dergelijke gezondheidstoestand bevindt. De vrederechter die een rechterlijke beschermingsmaatregel met betrekking tot de persoon beveelt en/of met betrekking tot de goederen en een bewindvoerder aanstelt, *somt in dat geval de handelingen op* in verband met de persoon waarvoor de beschermde persoon onbekwaam is en/of de handelingen of categorieën van handelingen in verband met de goederen waarvoor deze onbekwaam is (nieuw art. 492/1, § 1, eerste lid en nieuw art. 492/1, § 2, eerste lid BW).

<sup>1026</sup> In het geval de te beschermen persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt op de lijst van gezondheidstoestanden opgesteld door de Koning, is de algemene onbekwaamheid, wat handelingen betreffende het vermogen betreft, de regel. Het nieuwe art. 492/5, tweede lid BW bepaalt dat in dat geval “*bij gebreke van aanwijzingen in de beschikking* bedoeld in artikel 492/1, § 2”, de te beschermen persoon vertegenwoordigd wordt bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot diens goederen. Het nieuwe art. 492/5, derde lid voegt daaraan toe dat de vrederechter alsnog tot een *beoordeling op maat* kan overgaan indien hij dit noodzakelijk acht. Men doet er dus goed aan, zelfs wanneer de te beschermen persoon zich in een van de gezondheidstoestanden bevindt van de lijst van de Koning, om de beschikking van de vrederechter goed te lezen, om zeker te zijn dat er geen uitzonderingen worden voorzien op het principe van de algemene onbekwaamheid of dat er niet wordt afgeweken van het principe van de algemene onbekwaamheid. Het is op grond van het nieuwe art. 492/5, tweede en derde lid BW theoretisch denkbaar dat de persoon onder bewind toch nog bekwaam wordt geacht om een testament te maken.

De vrederechter, die een rechterlijke beschermingsmaatregel beveelt met betrekking tot de goederen, oordeelt in zijn beschikking dan in ieder geval uitdrukkelijk over de bekwaamheid van de beschermde persoon met betrekking tot het maken of herroepen van een uiterste wilsbeschikking (nieuw art. 492/1, § 2, derde lid, 15° BW) en dus ook met betrekking tot het maken of herroepen van een testament.

De beschermde persoon is in die hypothese niet bekwaam om een testament op te maken zonder machtiging van de vrederechter indien hij bij de opsomming uitdrukkelijk onbekwaam is verklaard om een uiterste wilsbeschikking op te maken.

**783.** De bevoegde vrederechter is de vrederechter bedoeld in artikel 628, 3° van het Gerechtelijk Wetboek. Dit is de vrederechter die de bewindvoerder heeft aangewezen (de vrederechter van de verblijfplaats van de te beschermen persoon of, bij gebreke daarvan, de vrederechter van zijn woonplaats). Indien de beschermde persoon het kanton van deze vrederechter verlaat om zijn hoofdverblijfplaats duurzaam in een ander gerechtelijk kanton te vestigen, kan de vrederechter wel beslissen om de zaak uit handen te geven ten voordele van de vrederechter van het kanton van de nieuwe hoofdverblijfplaats. In dat geval wordt de vrederechter van het kanton van de nieuwe verblijfplaats bevoegd (nieuw art. 628, 3° Ger.W.).

**784.** In alle andere gevallen kan de beschermde persoon een testament opmaken zonder machtiging van de vrederechter.

## § 2. Wie vraagt de machtiging aan de vrederechter?

**785.** Uit de tekst van het eerste lid van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de beschermde persoon het verzoek moet indienen om een testament te maken, en niet de bewindvoerder (nieuw art. 905, eerste lid BW: “Onverminderd de artikelen 903 en 904, kan de persoon die op grond van artikel 492/1 onbekwaam is verklaard om te beschikken, hetzij bij schenking onder de levenden hetzij bij testament, toch beschikken na machtiging, *op zijn verzoek*, door de in artikel 628, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde vrederechter”).

**786.** Ook onder de vroegere wetgeving moest de machtiging worden gevraagd aan de vrederechter door de beschermde persoon zelf (art. 488*bis*, h), § 2, eerste lid BW)<sup>1027</sup> en niet door de voorlopig bewindvoerder. Alleen de beschermde persoon kon het verzoek richten tot de vrederechter, ook wanneer de voorlopig bewindvoerder belast was met de vertegenwoordiging in rechte van de beschermde persoon<sup>1028</sup>. Dit vloeide voort uit de tekst van artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid van het Burgerlijk Wet-

<sup>1027</sup> C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 332, nr. 386; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 292, nr. 337; W. PINTENS, “De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde” (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 518; A. VAN DEN BOSSCHE, “Een oude discussie opgelost” (noot onder Cass. 10 januari 2008), *NFM* 2008, 169; A. VAN DEN BOSSCHE, “Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter”, *T.Not.* 2007, p. 527, nr. 7.

<sup>1028</sup> E. VIEUJEAN, “L’administration provisoire”, *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 684.

boek: “De beschermde persoon kan slechts geldig schenken onder levenden of een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging, *op zijn verzoek*, door de vrederechter ...”.

**787.** Hoewel het verzoek tot het bekomen van machtiging voor het opmaken van een testament ook onder de vroegere wetgeving moest uitgaan van de beschermde persoon zelf en niet van de voorlopig bewindvoerder, bleken de vrederechters vaak een verzoek uitgaande van de voorlopig bewindvoerder als ontvankelijk te beschouwen<sup>1029</sup>. Dat kan enkel verklaard worden door het verzoek te aanzien als uitgaande van de beschermde persoon, die daarvoor beroep doet op een advocaat, *in casu* de voorlopig bewindvoerder zelf<sup>1030</sup>. Het verzoekschrift moet inderdaad niet noodzakelijk door de beschermde persoon worden getekend, doch kan ook door een advocaat worden getekend. Artikel 488*bis*, h), § 2, derde lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalde dat in afwijking op artikel 1026, 5° van het Gerechtelijk Wetboek de handtekening van de verzoeker “volstaat”. Dit betekende niet dat het verzoekschrift *moest* worden ondertekend door de beschermde persoon zelf, doch wel dat het verzoekschrift *kon* worden ondertekend door de beschermde persoon zelf, zonder te willen uitsluiten dat het verzoekschrift werd ondertekend door een advocaat in toepassing van artikel 1026, 5° van het Gerechtelijk Wetboek<sup>1031</sup>. Was de voorlopig bewindvoerder geen advocaat geweest, dan was het door hem ondertekende verzoekschrift wel onontvankelijk geweest.

### § 3. Wie maakt het testament op?

**788.** Uit de tekst van het eerste lid van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de beschermde persoon die het verzoek heeft ingediend om een testament te maken, dit testament ook zelf opmaakt en niet de bewindvoerder (nieuw art. 905, eerste lid BW: “Onverminderd de artikelen 903 en 904, *kan de persoon die op grond van artikel 492/1 onbekwaam is verklaard* om te beschikken, hetzij bij schenking onder de levenden hetzij bij testament, *toch beschikken* na machtiging, op zijn verzoek, door de in artikel 628, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde vrederechter”).

Dat het testament enkel kan worden opgemaakt door de persoon onder bewind zelf en in geen geval door de bewindvoerder volgt ook uit het nieuwe artikel 497/2, 25° van het Burgerlijk Wetboek.

<sup>1029</sup> Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494; Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.

<sup>1030</sup> Die trad dan niet op in zijn hoedanigheid van voorlopig bewindvoerder (zie nochtans Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562, waar gesteld wordt dat de advocaat optreedt “in hoedanigheid van haar voorlopig bewindvoerder”).

<sup>1031</sup> In dezelfde zin W. PINTENS, “De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde” (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 518.

**789.** Ook onder de vroegere wetgeving voorzag men dat het testament na het bekomen van de machtiging werd opgemaakt door de beschermde persoon<sup>1032</sup>, zonder bijstand van de voorlopig bewindvoerder<sup>1033</sup>. Dit werd afgeleid uit de tekst van artikel 488bis, h), § 2, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, waar de wetgever stelde dat *de beschermde persoon* een uiterste wilsbeschikking kan maken na de machtiging door de vrederechter.

De vrederechters gaven de machtiging tot het opmaken van een testament dan ook aan de beschermde persoon zelf en niet aan de voorlopig bewindvoerder<sup>1034</sup>. Evenmin werd door de vrederechters een verplichting tot bijstand vanwege de voorlopig bewindvoerder opgelegd<sup>1035</sup>.

**790.** Het feit dat het testament enkel kan worden opgemaakt door de beschermde persoon zelf en dat het verzoek tot machtiging moet uitgaan van de persoon onder bewind is een logische toepassing van het principe dat het testament een essentieel persoonlijke rechtshandeling is<sup>1036</sup>.

#### § 4. Procedure

##### A. Inleiding

**791.** De artikelen 1241 en 1246 van het Gerechtelijk Wetboek zijn van toepassing indien men machtiging wil bekomen tot het opmaken van een testament (nieuw art. 905, zesde lid BW).

<sup>1032</sup> C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377. Zie voor een model van clause C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 326, nr. 380.

<sup>1033</sup> C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377.

<sup>1034</sup> Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 933 (weergave); Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494; Vred. Lier 15 maart 2007, *T.Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

<sup>1035</sup> Volgens DE WULF zou de vrederechter bij de machtiging wel de bijstand van de voorlopig bewindvoerder kunnen opleggen (C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377). Dit lijkt mij echter niet correct gezien het principieel eenzijdig karakter van het testament (zie J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen* in reeks *Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 927, voetnoot 2542).

<sup>1036</sup> In de zin dat het testament een strikt persoonlijk karakter heeft T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind* in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 151, nr. 240; S. MOSSELMANS, Noot onder Vred. Brugge 6 september 2004, *T.Vred.* 2005, 504; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 649, nr. 1379. Niet iedereen is van mening dat het testament een strikt persoonlijke rechtshandeling moet zijn. Zie bv. wetsvoorstel van 25 juli 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de geestesgestoorde onder voorlopig bewind met machtiging van de vrederechter te laten testen, *Parl.St.* Senaat BZ 2007, nr. 4-141/1.



## B. De procedure van het eenzijdig verzoekschrift

**792.** De aanvraag gegrond op het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek met het oog op het verkrijgen van de machtiging tot het opmaken van een testament wordt bij verzoekschrift ingediend (nieuw art. 1246, § 1 Ger.W.).

**793.** De artikelen 1026 tot en met 1034 van het Gerechtelijk Wetboek zijn van toepassing op dit verzoekschrift, tenzij daarvan wordt afgeweken in de tekst van het nieuwe artikel 1246, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek (nieuw art. 1246, § 2, eerste lid Ger.W.). Het gaat dus volgens de wetgever om een eenzijdig verzoekschrift.

Het verzoekschrift bevat dus de vermeldingen van artikel 1026, 1° tot en met 5°<sup>1037</sup> en artikel 1027, vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek.

**794.** Het verzoekschrift wordt in tweevoud gezonden aan de bevoegde vrederechter (art. 1027, eerste lid Ger.W.). Het kan, in afwijking van artikel 1026, worden ondertekend door de verzoeker of zijn advocaat (nieuw art. 1246, § 2, tweede lid Ger.W.)<sup>1038</sup>.

**795.** Het verzoekschrift bevat dus volgende inhoud:

- de dag, de maand en het jaar (art. 1026, 1° Ger.W.);
- de naam, de voornaam, het beroep en de woonplaats van de verzoeker, en in voorkomend geval, de naam, de voornaam, de woonplaats en de hoedanigheid van zijn wettelijk vertegenwoordigers (art. 1026, 2° Ger.W.);
- het onderwerp en in het kort de gronden van de vordering (art. 1026, 3° Ger.W.);
- de aanwijzing van de rechter die er kennis moet van nemen (art. 1026, 4° Ger.W.);
- de handtekening van de advocaat, tenzij de wet anders bepaalt (art. 1026, 5° Ger.W.), hetgeen hier het geval is (nieuw art. 1246, § 2, tweede lid Ger.W.), zodat wanneer het verzoekschrift niet wordt getekend door een advocaat daarop logischerwijze de handtekening van de verzoeker, die geen advocaat is, moet voorkomen;
- onderaan het verzoekschrift de inventaris van de genummerde en gebundelde stukken die bij het verzoekschrift worden gevoegd (art. 1027, vierde lid Ger.W.).

## C. Bijlage bij het verzoekschrift: een omstandige geneeskundige verklaring

### 1. Noodzaak van een omstandige geneeskundige verklaring

**796.** Het nieuwe artikel 905, zesde lid van het Burgerlijk Wetboek maakt het nieuwe artikel 1241 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing.

<sup>1037</sup> Deze vermeldingen zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid (art. 1026 Ger.W.).

<sup>1038</sup> De art. 1026, 5° en 1027, tweede lid Ger.W. bepalen dat het verzoekschrift moet worden ondertekend en ingediend door een advocaat, doch art. 1026, 5° en art. 1027, tweede lid Ger.W. laten toe dat de wetgever daarvan kan afwijken en dus kan voorzien dat het verzoekschrift niet moet worden getekend en ingediend door een advocaat, maar kan worden getekend en ingediend door de verzoeker zelf.

Tenzij in spoedeisende gevallen (en tenzij het gaat om een persoon die zich in staat van verkwisting bevindt), moet men bij het verzoekschrift een omstandige geneeskundige verklaring voegen, die ten hoogste vijftien dagen oud mag zijn (nieuw art. 1241, eerste lid Ger.W.) en dit op het ogenblik van de neerlegging van het verzoekschrift op de griffie van het vrederecht<sup>1039</sup>.

**797.** Ook onder de vroegere wetgeving diende men bij het verzoekschrift tot machtiging met het oog op het opmaken van een testament een omstandige geneeskundige verklaring te voegen (art. 488*bis*, h), § 2, zesde lid verklaarde art. 488*bis*, b), § 6 van toepassing, dat betrekking had op de omstandige geneeskundige verklaring die gevoegd wordt bij het verzoekschrift tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder).

**798.** Net zoals onder de vroegere wetgeving kan het medisch getuigschrift enkel worden opgemaakt door een arts en dus bijvoorbeeld niet door een psycholoog<sup>1040</sup>. Sommige vrederechters stellen dat de arts een relevante tak van de geneeskunde moet beoefenen<sup>1041</sup>. Naar mijn mening is het verzoek ontvankelijk wanneer daarbij een geneeskundige verklaring wordt gevoegd die aan de wettelijke vereisten beantwoordt, ongeacht de tak van geneeskunde die door de arts wordt beoefend. Wel is de vraag in welke mate een geneeskundige verklaring opgesteld door bijvoorbeeld een hartchirurg nuttig zal zijn voor de vrederechter om zich een oordeel te vormen over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon. Het is dus wel aangeraden om de omstandige geneeskundige verklaring te laten opmaken door een arts die met kennis van zaken kan spreken.

## 2. Standaardformulier

**799.** Voor het opmaken van deze verklaring moet gebruik worden gemaakt van het standaardformulier van omstandige geneeskundige verklaring opgesteld door de Koning (nieuw art. 1241, tweede lid Ger.W.). Deze omstandige geneeskundige verklaring moet door de arts worden ingevuld op basis van actuele medische gegevens zoals het patiëntendossier bedoeld in artikel 9 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt of op basis van een recent onderzoek van de persoon (nieuw art. 1241, tweede lid Ger.W.).

<sup>1039</sup> Zie onder de vroegere wetgeving in die zin E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 684; A. WITTENS, "Voorlopig bewind: 'le beaujolais nouveau est arrivé' ... maar kan nog niet gedronken worden", *NFM* 2003, 288.

<sup>1040</sup> Vred. Roeselare 30 september 2003, *RW* 2004-05, 235, noot F. SWENNEN, *RW* 2004-05, 315, noot F. SWENNEN, *T.Vred.* 2003, 412 en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 934 (weergave) (inzake het verzoek tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder).

<sup>1041</sup> Vred. Roeselare 30 september 2003, *RW* 2004-05, 235, noot F. SWENNEN, *RW* 2004-05, 315, noot F. SWENNEN, *T.Vred.* 2003, 412 en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 934 (weergave) (inzake het verzoek tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder).

### 3. Inhoud

**800.** De omstandige geneeskundige verklaring moet de informatie bevatten vermeld in het nieuwe artikel 1241, eerste en derde lid van het Gerechtelijk Wetboek (die in het standaardformulier zal zijn opgenomen):

- 1° de vermelding of de te beschermen persoon zich kan verplaatsen en, indien dit het geval is, of dat gelet op zijn toestand aangewezen is (nieuw art. 1241, derde lid, 1° Ger.W.);
- 2° een beschrijving van de gezondheidstoestand van de te beschermen persoon (nieuw art. 1241, eerste lid en derde lid, 2° Ger.W.);
- 3° de weerslag van deze gezondheidstoestand op het behoorlijk waarnemen van zijn belangen van vermogensrechtelijke of andere aard, en wat de belangen van vermogensrechtelijke aard betreft, of de te beschermen persoon nog in staat is om kennis te nemen van de verantwoording betreffende het beheer van zijn vermogen (nieuw art. 1241, derde lid, 3° Ger.W.);
- 4° de zorgverlening die een dergelijke gezondheidstoestand normaal met zich meebrengt (nieuw art. 1241, derde lid, 4° Ger.W.);
- 5° de gevolgen van de vastgestelde gezondheidstoestand op het functioneren volgens de International Classification of Functioning, Disability and Health die op 22 mei 2001 werd aangenomen door de vierenvijftigste Wereldgezondheidsvergadering (WHA) (nieuw art. 1241, derde lid, 5° Ger.W.);
- 6° de vermelding of de te beschermen persoon in een gezondheidstoestand is die voorkomt in de lijst bedoeld in artikel 492/5, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (nieuw art. 1241, derde lid, 5° Ger.W.).

**801.** Onder de vroegere wetgeving werd in deze geneeskundige verklaring de gezondheidstoestand van de beschermde persoon beschreven (art. 488*bis*, b), § 6, eerste lid BW), werd vermeld of de beschermde persoon zich kon verplaatsen en, in het bevestigend geval, of dit gelet op zijn toestand aangewezen was (art. 488*bis*, b), § 6, tweede lid BW). Tevens werd vermeld of de beschermde persoon nog kennis kon nemen van de verantwoording betreffende het beheer (art. 488*bis*, b), § 6, tweede lid BW)<sup>1042</sup>.

**802.** Onder de vroegere wetgeving bestond tussen de vrederechters en in de rechtsleer discussie over de juiste inhoud van de omstandige geneeskundige verklaring. Hoewel dit niet uitdrukkelijk voorgeschreven werd in het Burgerlijk Wetboek, moest naar mijn mening de geneeskundige verklaring de vrederechter verduidelijking bieden op het vlak van de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon. De inhoud van de geneeskundige verklaring werd naar mijn mening immers mede bepaald door de redenen waarom zij werd afgeleverd. De beschrijving van de gezondheidstoestand van

<sup>1042</sup> Men nam in de rechtsleer aan dat het geen zin had om in de geneeskundige verklaring die in deze context werd opgemaakt te vermelden of de beschermde persoon nog kennis kon nemen van de verantwoording betreffende het beheer van zijn vermogen. Deze vermelding moest volgens de rechtsleer dus niet worden opgenomen in de omstandige geneeskundige verklaring die met het oog op het bekomen van de machtiging voor een testament of een schenking werd opgemaakt (in dezelfde zin F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 181, nr. 386).

de beschermde persoon moest dus nuttig zijn bij de beoordeling van de gezondheid van geest of met andere woorden bij het beantwoorden van de vraag of de beschermde persoon wel over een voldoende vrije en bewuste wil beschikte om een testament te maken. Het was dus naar mijn mening aan te bevelen dat de arts zich dus uitdrukkelijk uitsprak over die gezondheid van geest en zijn oordeel ook motiveerde en toelichtte.

Sommige vrederechters waren echter van mening dat het medisch getuigschrift gevoegd bij het verzoekschrift tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder een beschrijving van de medische toestand en van de door de arts vastgestelde symptomen moest bevatten, en geen subjectieve appreciatie of waardeoordeel van de arts diende te bevatten over de geschiktheid van de persoon om zijn vermogen te beheren<sup>1043</sup>. In deze context betekende dit dat de arts zich niet mocht uitspreken over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon, maar zich moest beperken tot een beschrijving van de gezondheidstoestand. Een zelfde standpunt werd ingenomen inzake het advies van de geneesheer-deskundige aangesteld door de vrederechter<sup>1044</sup>.

Deze opvatting kon naar mijn mening niet worden bijgetreden. Het is de bedoeling dat de arts als deskundige de vrederechter helpt bij de beoordeling van de wilsgeschiktheid en dat de arts zich daar dus een oordeel over vormt, die hij in zijn verklaring zal motiveren en kaderen. Dat de vrederechter diende te oordelen over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon bleek naar mijn mening duidelijk uit artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid, tweede zin van het Burgerlijk Wetboek: “De vrederechter oordeelt over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon”.

Omdat de vrederechter moest oordelen over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon, moest de deskundige de vrederechter adviseren betreffende die wilsgeschiktheid en zijn gemotiveerd oordeel dienaangaande meedelen aan de vrederechter. Zo werd door de vrederechter van Westerlo de geneesheer-deskundige aangesteld om advies uit te brengen over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon, meer bepaald om “na te gaan of de beschermde persoon gezond van geest is in de zin van artikel 901 BW”<sup>1045</sup>.

**803.** Deze discussie lijkt thans van de baan, nu wordt voorgeschreven dat de omstandige geneeskundige verklaring een beschrijving moet bevatten van de gezondheidstoestand van de beschermde persoon (nieuw art. 1241, eerste lid en derde lid, 2°

<sup>1043</sup> Vred. Fontaine-l'Évêque 23 september 2004, *T.Vred.* 2005, 467 en *JLMB* 2005, 439 (weergave). In dezelfde zin T. DELAHAYE, Noot onder Rb. Luik 16 februari 2005, *JT* 2005, p. 483, nr. 1; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 171, nr. 176; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 14, nr. 30. Volgens LELEU maakt een uitspraak van de arts in de geneeskundige verklaring over de vraag of de betrokken persoon in staat is om zijn vermogen te beheren het verzoekschrift wel niet onontvankelijk (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 171, nr. 176).

<sup>1044</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, nr. 240. DELAHAYE en CASTELEIN menen dat de deskundige enkel tot opdracht heeft om de algemene gezondheidstoestand van de beschermde persoon na te gaan. Zij stellen zich dan ook vragen bij het nut van het advies van de geneesheer-deskundige.

<sup>1045</sup> Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T.Vred.* 2005, 495.

Ger.W.), de weerslag moet weergeven van deze gezondheidstoestand op het behoorlijk waarnemen van zijn belangen van vermogensrechtelijke of andere aard (nieuw art. 1241, derde lid, 3° Ger.W.) en de gevolgen van de vastgestelde gezondheidstoestand op het functioneren moet vermelden volgens de International Classification of Functioning, Disability and Health die op 22 mei 2001 werd aangenomen door de vierenvijftigste Wereldgezondheidsvergadering (WHA) (nieuw art. 1241, derde lid, 5° Ger.W.). Aldus zou de omstandige geneeskundige verklaring wel degelijk een effectief hulpmiddel moeten vormen voor de vrederechter bij de beoordeling van de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon.

**804.** Het is niet omdat de arts zich uitspreekt over de wilsgeschiktheid, dat de vrederechter de mening van de arts moet volgen<sup>1046</sup>. De geneeskundige verklaring strekt ertoe de vrederechter te helpen bij het vormen van een oordeel over de gezondheid van geest van de beschermde persoon, doch het is de vrederechter die uiteindelijk daarover oordeelt<sup>1047</sup> en daarbij ook een ander standpunt kan innemen dan de deskundige<sup>1048</sup>.

#### 4. Onbevoegdheid van de arts *ratione personae*

**805.** Deze geneeskundige verklaring mag niet worden opgesteld door een arts die een bloed- of aanverwant is van de beschermde persoon. De verklaring mag evenmin worden opgesteld door een arts die op enigerlei wijze verbonden is aan de instelling waar de beschermde persoon zich bevindt (nieuw art. 1241, vierde lid Ger.W.).

Onder de vroegere wetgeving gold dezelfde regel (art. 488bis, b), § 6, derde lid BW).

**806.** De arts mag niet verbonden zijn aan de instelling waar de beschermde persoon “zich bevindt”. Er staat niet dat de arts niet mag verbonden zijn aan de instelling “waar de beschermde persoon verblijft”. De geneeskundige verklaring kan niet worden opgesteld door een arts verbonden aan het bejaardentehuis waar de beschermde persoon verblijft, doch kan evenmin worden opgesteld door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon tijdelijk is opgenomen<sup>1049</sup>.

<sup>1046</sup> De mening van de deskundige is niet meer dan een advies, waardoor de vrederechter niet is gebonden (Vred. Brugge 6 september 2004, *T.Vred.* 2005, 502, noot S. MOSSELMANS).

<sup>1047</sup> Vred. Brugge 6 september 2004, *T.Vred.* 2005, 502, noot S. MOSSELMANS.

<sup>1048</sup> Dit gebeurt in de praktijk ook geregeld. Zie o.m. Vred. Brugge 6 september 2004, *T.Vred.* 2005, 502, noot S. MOSSELMANS.

<sup>1049</sup> In de zin dat de geneeskundige verklaring niet kan worden opgemaakt door een arts verbonden aan het ziekenhuis, wanneer de te beschermen persoon daar is gehospitaliseerd: Vred. Brugge 28 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, 182 en *T.Vred.* 2005, 283 (*a contrario*). Wanneer de geneeskundige verklaring wordt opgemaakt door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon is onderzocht, doch niet is gehospitaliseerd, stelt er zich geen probleem (Vred. Brugge 28 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, 182 en *T.Vred.* 2005, 283). Het is het ogenblik waarop het medisch getuigschrift wordt opgemaakt dat bepalend is. Als op dat ogenblik de te beschermen persoon niet is opgenomen in het ziekenhuis, doch pas later, stelt er zich geen probleem (Vred. Brugge 28 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, 182 en *T.Vred.* 2005, 283). Als de omstandige geneeskundige verklaring wordt opgemaakt door een arts verbonden aan het ziekenhuis nadat de te beschermen persoon het ziekenhuis heeft verlaten, stelt er zich naar mijn mening evenmin een probleem.

5. Sanctie: onontvankelijkheid van het verzoek

**807.** Wanneer geen omstandige geneeskundige verklaring bij het verzoekschrift is gevoegd, zal het verzoek tot machtiging tot het opmaken van een testament onontvankelijk worden verklaard, tenzij in spoedeisende gevallen (nieuw art. 1241, eerste lid Ger.W.).

6. Uitzondering op de verplichting van de bijvoeging van een omstandige geneeskundige verklaring

*– Uitzondering in spoedeisende gevallen*

**808.** Indien er om reden van dringendheid geen geneeskundige verklaring bij het verzoekschrift is gevoegd, zal de vrederechter nagaan of de aangevoerde reden van dringendheid gerechtvaardigd is (nieuw art. 1241, vijfde lid Ger.W.).

Zo dit niet het geval is, zal het verzoek onontvankelijk worden verklaard.

Zo dit wel het geval is, zal de vrederechter een geneesheer-deskundige aanstellen die advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand van de te beschermen persoon (nieuw art. 1241, vijfde lid Ger.W.). De geneesheer-deskundige moet advies uitbrengen overeenkomstig het tweede lid van het nieuwe artikel 1241 van het Gerechtelijk Wetboek (nieuw art. 1241, vijfde lid Ger.W.). Dit betekent dat deze geneesheer-deskundige dit advies zal uitbrengen volgens het standaardformulier van omstandige geneeskundige verklaring opgesteld door de Koning.

**809.** In de context van een verzoekschrift met het oog op het verkrijgen van de machtiging om een testament op te maken, lijkt het onwaarschijnlijk dat men op deze uitzonderingsbepaling beroep zal moeten doen.

*– Uitzondering indien het onmogelijk is om een omstandige geneeskundige verklaring te bekomen*

**810.** De nieuwe wettekst bepaalt nu uitdrukkelijk dat een verzoekschrift eveneens zonder omstandige geneeskundige verklaring kan worden ingediend wanneer de verzoeker in de absolute onmogelijkheid verkeert om de geneeskundige verklaring bij het verzoekschrift te voegen (nieuw art. 1241, zesde lid Ger.W.).

Het lijkt in de context van het verzoek tot machtiging niet denkbaar dat men op deze bepaling beroep zou moeten doen. De beschermde persoon die een testament wenst te maken, zal normalerwijze in de mogelijkheid verkeren om een geneeskundige verklaring te bekomen.

#### D. Procedure voor de vrederechter

**811.** De beschermde persoon, de bewindvoerder en, in voorkomend geval, de vertrouwenspersoon worden opgeroepen om door de vrederechter te worden gehoord (nieuw art. 1246, § 2, derde lid Ger.W.).

De oproeping gebeurt door de griffier bij gerechtsbrief (nieuw art. 1246, § 2, derde lid Ger.W.).

**812.** De vrederechter kan een geneesheer-deskundige aanstellen die advies moet geven over de gezondheidstoestand van de te beschermen persoon (nieuw art. 1246, § 2, vierde lid Ger.W.).

De vrederechter wint alle nuttige inlichtingen in en kan eenieder horen die hij geschikt acht om hem in te lichten. De vrederechter wint, in voorkomend geval, in het bijzonder alle inlichtingen in bij de personen die instaan voor de dagelijkse zorg van de beschermde persoon of die de beschermde persoon en zijn omgeving begeleiden bij die zorg (nieuw art. 1246, § 2, vierde lid Ger.W.).

**813.** De personen die worden opgeroepen bij gerechtsbrief overeenkomstig het nieuwe artikel 1246, § 2, derde lid van het Gerechtelijk Wetboek (de beschermde persoon, de bewindvoerder en de vertrouwenspersoon) worden partij in het geding, tenzij ze zich hiertegen verzetten op de zitting. In de gerechtsbrief geeft de griffier kennis van deze wettelijke bepaling (nieuw art. 1246, § 2, vijfde lid Ger.W.).

§ 5. *Waarmee houdt de vrederechter rekening bij zijn beoordeling?*

#### A. De beoordeling van de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon

**814.** De vrederechter, die een uitspraak moet doen over het verzoek tot machtiging voor het opmaken van een testament, oordeelt over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon (nieuw art. 905, tweede lid BW).

**815.** Onder de vroegere wetgeving bepaalde artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek dat de vrederechter oordeelde over “de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon”. De term “wilsgeschiktheid” van artikel 488*bis*, h), § 2, eerste lid moest men dezelfde betekenis geven als de uitdrukking “gezondheid van geest”, waarvan sprake in artikel 901 van het Burgerlijk Wetboek<sup>1050</sup>.

<sup>1050</sup> Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T.Vred.* 2005, 495; Vred. Sint-Truiden 7 september 2005, *RW* 2006-07, 377; Vred. Tielt 10 juli 2006, *T.Not.* 2007, 558; W. PINTENS, “De testeeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde” (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 518; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 292, nr. 337; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 36, nr. 84.

Hetzelfde geldt voor de thans gebruikte term “wilsbekwaamheid”.

Er is geen enkele reden denkbaar om op het vlak van de toestemming strengere eisen te stellen voor een persoon onder bewind dan voor een persoon die niet onder bewind staat.

De vrederechter zal de machtiging dus weigeren wanneer hij meent dat de beschermde persoon niet gezond van geest is in de zin van artikel 901 van het Burgerlijk Wetboek<sup>1051</sup> en de machtiging verlenen indien hij integendeel van oordeel is dat de persoon onder bewind wilsbekwaam of met andere woorden gezond van geest is<sup>1052</sup>.

**816.** De vrederechter kan de machtiging in principe enkel weigeren indien hij meent dat de persoon onder bewind niet gezond van geest is<sup>1053</sup>.

**817.** De vrederechter zal zich daarbij onder meer steunen op de omstandige geneeskundige verklaring gevoegd bij het verzoekschrift tot machtiging. De vrederechter kan bovendien een geneesheer-deskundige aanstellen die advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon (*cf. supra*).

Uit de tekst van artikel 1246, § 2 van het Gerechtelijk Wetboek blijkt duidelijk dat de aangestelde geneesheer-deskundige een “advies” uitbrengt. Het is de vrederechter die oordeelt over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon (nieuw art. 905, tweede lid BW). Daarbij is de vrederechter niet verplicht om het uitgebrachte advies van de deskundige te volgen (in die zin ook de algemene bepaling van art. 962, vierde lid Ger.W.).

## B. De inhoud van het testament

### 1. Discussie onder de vroegere wetgeving

**818.** Onder de vroegere wetgeving was er discussie over de vraag of de vrederechter enkel machtigde tot het maken van een testament, dan wel diende te machtigen tot het maken van een testament met een bepaalde inhoud.

Naar mijn mening kon de vrederechter enkel machtiging geven tot het maken van een testament, doch kon hij geen uitspraak doen over de inhoud van het testament<sup>1054</sup>. De vrederechter machtigde dus niet tot het maken van een testament met een bepaalde

<sup>1051</sup> Zie Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T.Vred.* 2005, 495; Vred. Sint-Truiden 7 september 2005, *RW* 2006-07, 377.

<sup>1052</sup> Zie Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 933 (weergave); Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494. De inhoud van het gewenste testament kan een rol spelen bij de beoordeling van de gezondheid van geest (*cf. infra*).

<sup>1053</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 181-182, nr. 387.

<sup>1054</sup> In dezelfde zin dat de vrederechter niet kon oordelen over de inhoud van het testament: Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.



inhoud, doch machtigde enkel tot het maken van een testament<sup>1055</sup>. Indien de vrederechter oordeelde dat de beschermde persoon wilsgeschikt was, kon de beschermde persoon de inhoud van zijn testament volledig vrij bepalen. Men kon in de vroegere tekst van de wet geen enkele aanknopng vinden voor een andere opvatting<sup>1056, 1057</sup>.

In de meeste uitspraken van vrederechters kwam dan ook geen enkele bepaling voor die verband hield met de inhoud van het testament<sup>1058, 1059</sup>.

**819.** Niet iedereen was het echter daarover eens. PINTENS stelde dat de vrederechter kennis moest nemen van de inhoud van het testament om met kennis van zaken te kunnen oordelen en dat een machtiging *in abstracto* moeilijk te verantwoorden viel. Volgens PINTENS moest de rechter dan ook zijn machtiging tot het ontwerp van testament beperken<sup>1060</sup>. Het standpunt van PINTENS werd onder meer gevolgd door MAELFAIT<sup>1061</sup>.

Naar mijn mening was de wet echter duidelijk. Nergens werd aan de vrederechter opgelegd om te oordelen over de inhoud van het testament, zodat een machtiging *in abstracto* perfect geldig was.

Men diende dus bij het vragen van de machtiging tot het opmaken van een testament geen ontwerp van testament te voegen bij het verzoekschrift<sup>1062</sup>.

<sup>1055</sup> In die zin o.m. Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562. In dezelfde zin A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 529, nr. 13; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?", *T.Vred.* 2007, p. 222, nr. 7.

<sup>1056</sup> In die zin ook de toelichting bij het amendement nr. 102 van de regering, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 11: "Wilsgeschiktheid moet worden begrepen als de geschiktheid om een geldige rechtswil (toestemming in de zin van artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek) te vormen, te beoordelen in het licht van de geestvermogens. *De inhoud van de rechtshandeling is hier in principe vreemd aan*".

<sup>1057</sup> Het is evenwel anders bij de schenking (*cf. infra*).

<sup>1058</sup> Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 933 (weergave); Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494; Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.

<sup>1059</sup> *Anders*: Vred. Lier 15 maart 2007, *T.Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE, waar de vrederechter machtiging geeft aan de beschermde persoon om een testament op te maken "met haar schoonzuster Greta C. als begunstigde". Wellicht werd in het verzoekschrift machtiging gevraagd om een testament te maken met een bepaalde inhoud en verklaart dit ten dele de uitspraak van de vrederechter.

<sup>1060</sup> W. PINTENS, "De testeeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde" (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 519; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 40, nr. 91.

<sup>1061</sup> A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 44-45, nr. 76: "Zoals bij de schenking moet de vrederechter de wilsgeschiktheid beoordelen. Om met kennis van zaken te kunnen oordelen moet de rechter kennis kunnen nemen van de inhoud van het testament. Hieruit volgt dat het moeilijk te verantwoorden valt, dat de vrederechter zijn machtiging *in abstracto* zou verlenen. Indien de rechter kennis moet nemen van een ontwerp om met kennis van zaken te kunnen oordelen, vloeit hier de logische conclusie uit voort dat hij ook zijn machtiging tot dat ontwerp beperkt. Anders dreigt het voordeel van de machtiging verloren te gaan".

<sup>1062</sup> In dezelfde zin C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Meche-len, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377 en het model van verzoekschrift op p. 332-333, nr. 386.

En de vrederechter kon de machtiging in principe enkel weigeren indien hij meende dat de persoon onder voorlopig bewind niet gezond van geest was<sup>1063</sup>.

## 2. Nieuwe wetgeving

**820.** In de nieuwe tekst van artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek staat er uitdrukkelijk dat geen ontwerp van het testament moet worden voorgelegd aan de vrederechter met het oog op het bekomen van de machtiging tot het opmaken van een testament (nieuw art. 905, derde lid BW).

Hieruit kan men duidelijk afleiden dat volgens de nieuwe wettelijke bepalingen de vrederechter dus machtigt om een testament te maken, waarvan de inhoud dan volledig vrij wordt bepaald door de beschermde persoon en niet machtigt om een testament te maken met een bepaalde inhoud. De wetgever heeft aldus de discussie onder de vroegere wetgeving definitief beslecht.

**821.** Betekent dit dan dat de vrederechter geen kennis meer mag nemen van de inhoud van het testament, dat hij geen mondelinge vragen meer kan stellen aan de beschermde persoon over de inhoud van het testament en dat hij niet meer kan vragen naar een ontwerp van een testament?

Hoewel de beschermde persoon volledig vrij de inhoud van zijn testament bepaalt wanneer de machtiging van de vrederechter is bekomen, kan het nuttig zijn voor de vrederechter om aan de beschermde persoon te vragen naar de inhoud van het testament bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid. De inhoud van het testament kan inderdaad soms helpen om duidelijkheid te bekomen over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon<sup>1064</sup>.

Op basis van de nieuwe wettekst lijkt het mij dat de vrederechter niet meer kan vragen om een ontwerp van testament aan hem of haar voor te leggen. Dit blijkt duidelijk uit de tekst van het nieuwe artikel 905, derde lid van het Burgerlijk Wetboek.

Hoewel in principe geen ontwerp van testament moet worden gevoegd bij het verzoekschrift tot het bekomen van machtiging, kan de vrederechter naar mijn mening in zijn gesprek met de beschermde persoon wel toelichting vragen over de gewenste

<sup>1063</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 181-182, nr. 387.

<sup>1064</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 388. Zie ook in die zin bij de beoordeling van de geldigheid van een testament na overlijden Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gén.enr.not.* 2007, 186 en *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889.

inhoud van het testament, indien hij dit nuttig acht bij de beoordeling van de gezondheid van geest van de beschermde persoon<sup>1065, 1066</sup>.

De vrederechter zal bij de beoordeling van de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon nagaan of de beschermde persoon de draagwijdte van de voorgenomen rechtshandeling begrijpt, of hij weet dat het testament uitwerking krijgt bij zijn overlijden en herroepbaar is, of hij zicht heeft op de invloed van de rechtshandeling op de rechten van zijn erfgenamen, en of hij de legatarissen kan aanduiden<sup>1067</sup>. Dit betekent dat het naar mijn mening zelfs aangewezen is dat de vrederechter de beschermde persoon spreekt over de inhoud van het testament. De machtiging wordt niet gegeven om een testament te maken met een bepaalde inhoud en bij het verzoekschrift moet geen ontwerp van testament worden gevoegd, doch bij het gesprek van de vrederechter met de beschermde persoon zal de inhoud van het testament best wel aan bod komen.

**822.** De machtiging om een testament te maken onder de voorwaarde dat het aan de vrederechter voorgelegde ontwerp wordt gevolgd, is in elk geval een ontoelaatbare inbreuk op het principe van de testeervrijheid voor personen die over de vereiste gezondheid van geest beschikken.

**823.** Indien de vrederechter toch kennis heeft genomen van de inhoud van het ontwerp van testament, is het niet noodzakelijk dat de tekst van het uiteindelijk opgemaakte testament daarmee overeenstemt<sup>1068</sup>. Heeft de vrederechter (ten onrechte) uitdrukkelijk machtiging gegeven om een testament te maken overeenkomstig het voorgelegde ontwerp of om een testament te maken met een bepaalde inhoud en wil de beschermde persoon een testament met een andere inhoud maken, dan is het wel voorzichtig om een nieuwe machtiging aan de vrederechter te vragen<sup>1069</sup>. Indien dit niet zou zijn gebeurd, lijkt het mij wel niet mogelijk om het testament met een afwijkende inhoud nietig te laten verklaren op grond van schending van de beschikking tot machtiging. De vrederechter heeft de beschermde persoon wilsgeschikt bevonden en dat heft de onbekwaamheid op, in die zin dat de beschermde persoon van zijn testeervrijheid gebruik kan maken en een testament kan maken zoals hij dat wil.

<sup>1065</sup> Onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 388.

<sup>1066</sup> *Contra*: A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 529, nr. 13; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?", *T.Vred.* 2007, p. 222, nr. 7.

<sup>1067</sup> Zie ook W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 39, nr. 91.

<sup>1068</sup> Onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337, voetnoot 8.

<sup>1069</sup> Zie ook onder de vroegere wetgeving A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 536, nr. 26; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?", *T.Vred.* 2007, p. 228-229, nr. 20.

§ 6. *De vorm van het testament*

**A. Vroegere wetgeving**

**824.** Onder de vroegere wetgeving kon het testament, dat door de beschermde persoon werd opgemaakt, een notarieel testament, een eigenhandig testament of een internationaal testament zijn.

**825.** Aan het eigenhandig testament was echter een aantal nadelen verbonden.

- 1° Bij het eigenhandig testament kon getwist worden over het ogenblik waarop het testament was opgemaakt en dus over de volgorde van machtiging en testament.
- 2° Bovendien was er bij het eigenhandig testament geen garantie dat op het ogenblik van het opmaken van het testament de testator nog effectief gezond van geest was, zodat discussie over de gezondheid van geest niettegenstaande de machtiging van de vrederechter niet was uitgesloten<sup>1070</sup>.
- 3° Er was ook geen zekerheid dat het eigenhandig testament was opgemaakt binnen een korte tijdsperiode na de machtiging van de vrederechter, in welk geval de gezondheid van geest op het ogenblik van het opmaken van het eigenhandig testament waarschijnlijk zou kunnen worden geacht<sup>1071</sup>.

Bij het notarieel testament daarentegen dient de notaris bij het verlijden van het testament de mening toegedaan te zijn dat de testator op dat ogenblik gezond van geest is. Er is dus na de controle van de vrederechter van de gezondheid van geest nog eens een controle vanwege de notaris.

**826.** Niettegenstaande de nadelen verbonden aan het eigenhandig testament, werd in bepaalde rechtsleer zelfs gesteld dat de vrederechter onder de vroegere wetgeving de notariële vorm niet kon opleggen<sup>1072</sup>. Nochtans werd in de rechtspraak soms de

<sup>1070</sup> In de zin dat het testament, niettegenstaande de machtiging van de vrederechter, nog kan worden aangevochten op grond van art. 901 BW: P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 184, nr. 392.

<sup>1071</sup> Om aan deze problemen te verhelpen dacht WYLLEMAN aan de mogelijkheid om het eigenhandig testament uit te schrijven in aanwezigheid van de vrederechter, onmiddellijk na de machtiging bekomen te hebben (A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniale familierecht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244).

<sup>1072</sup> In die zin A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 45, nr. 76; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 40, nr. 91; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 389. Zie ook PINTENS, die twijfelt of de vrederechter de notariële vorm kon opleggen (W. PINTENS, "De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde" (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), RW 2004-05, 519).

machtiging gegeven, niet om een testament te maken, doch wel om een notarieel testament te maken. Het leek mij aanvaardbaar dat de vrederechter de notariële vorm oplegde om het risico van discussie over de geldigheid van het testament zoveel mogelijk te beperken.

Als men aannam dat de vrederechter een termijn kon opleggen voor het opmaken van het testament, moest men ook aannemen dat de vrederechter waarborgen kon inbouwen opdat het testament daadwerkelijk binnen de opgelegde termijn werd opgemaakt. Bij een notarieel testament is er zekerheid over de datum van het testament. Het notarieel testament heeft daarenboven het voordeel dat er nog een controle van de gezondheid van geest door de notaris gebeurt op het ogenblik van het opmaken van het testament.

In bepaalde rechtsleer die zich verzette tegen de mogelijkheid voor de vrederechter om de notariële vorm op te leggen, werd gesteld dat de vrederechter maatregelen kon nemen om te waarborgen dat de beschermde persoon ook op het ogenblik van het opmaken van het testament gezond van geest was<sup>1073</sup>. Deze uitspraak kon worden bijgetreden, met dien verstande dat een mogelijke maatregel nu juist was dat de vrederechter de notariële vorm oplegde<sup>1074</sup>. Het opleggen van de notariële vorm was bovendien de eenvoudigste en zekerste maatregel om die doelstelling te verwezenlijken.

**827.** Indien men onder de vroegere wetgeving de keuze maakte voor het eigenhandig testament, moest men allerlei vaak ingewikkelde oplossingen uitdenken voor de nadelen van het eigenhandig testament. In een beschikking van de vrederechter van Aarschot van 12 februari 2004 werd een oplossing gezocht voor het probleem van de onzekerheid over het juiste tijdstip waarop het eigenhandig testament was opgemaakt<sup>1075</sup>. De vrederechter, die zijn machtiging beperkte in de tijd, legde aan de beschermde persoon op om een gesloten omslag met een fotokopie van het eigenhandig testament aan de vrederechter te overhandigen, met de eigenhandige vermelding op de omslag dat deze (een kopie van) het testament van de beschermde persoon bevatte, gedagtekend en ondertekend door de beschermde persoon. De vrederechter voorzag dat hij bij de overhandiging van de omslag een akte van neerlegging ging opmaken en dat (de kopie van) het eigenhandig testament ging worden bewaard tot de datum waarop het voorlopig bewind eindigt<sup>1076</sup>. Een vrederechter kon in zijn machtiging ook

<sup>1073</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337, voetnoot 3.

<sup>1074</sup> In de zin dat de vrederechter de notariële vorm onder de vroegere wetgeving kon opleggen voor het testament A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 534, nr. 22 en p. 537, nr. 28; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?", *T.Vred.* 2007, p. 226-227, nrs. 16-17 en p. 229, nr. 22.

<sup>1075</sup> Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 933 (weergave).

<sup>1076</sup> Het is opvallend dat de vrederechter oplegde om een fotokopie van het testament in een gesloten omslag af te geven op het vrederegerecht. Een fotokopie kan niet gelden als testament. Om het risico van verlies van het eigenhandig testament te vermijden, was het nuttig dat het eigenhandig testament zelf ergens in bewaring werd gegeven. De vrederechter van Aarschot nam wellicht het standpunt in dat de beschermde persoon in het bezit kon blijven van het testament. Nochtans was dat niet zo vanzelfsprekend. Ook voor de herroeping van het testament was immers machtiging vanwege de vrederechter

voorschrijven dat het eigenhandig testament binnen de door de vrederechter opgelegde termijn werd neergelegd onder de minuten van een notaris.

## B. Nieuwe wetgeving

**828.** Onder de nieuwe wetgeving wordt door de wetgever resoluut gekozen voor het notarieel of openbaar testament. Als de vrederechter de beschermde persoon toestaat bij testament te beschikken, kan deze alleen bij authentieke akte een testament maken (nieuw art. 905, derde lid BW). Men bedoelt daarmee het openbaar testament of notarieel testament. Daaronder valt niet het internationaal testament (zie het nieuwe art. 905, vierde lid BW).

Het openbaar testament heeft als voordeel dat door de notaris wordt nagegaan of op het ogenblik van het opmaken van het testament de beschermde persoon nog gezond van geest is. Er kan ook geen discussie zijn over het ogenblik waarop het openbaar testament is opgemaakt (omdat een notariële akte vaste datum heeft). Dus is geen discussie meer mogelijk over de volgorde van machtiging en testament en over de vraag of het testament tijdig is opgemaakt als een termijn wordt opgelegd door de vrederechter. Als geen termijn is opgelegd door de vrederechter is geen discussie mogelijk over de vraag of het testament binnen een voldoende korte termijn is opgemaakt zodat de beschikking van de vrederechter waarbij uitspraak wordt gedaan over de wilsbequaamheid haar waarde niet verliest.

**829.** Een eigenhandig testament behoort dus niet meer tot de mogelijkheden. Meteen heeft men al de moeilijkheden bij het opmaken van een eigenhandig testament door een beschermde persoon (*cf. supra*) opgelost.

**830.** Bij uitzondering kan machtiging worden gegeven door de vrederechter om een internationaal testament op te maken.

Dit is mogelijk wanneer aan de vormvereisten voor het openbaar testament, vermeld in artikel 972 van het Burgerlijk Wetboek, niet kan worden voldaan wegens de lichamelijke ongeschiktheid van de beschermde persoon (nieuw art. 905, vierde lid BW).

---

vereist. Wanneer het eigenhandig testament in het bezit bleef van de beschermde persoon, kon hij dat herroepen en dus zijn laatste wil wijzigen door het eigenhandig testament te vernietigen, zonder dat daarvoor machtiging was gevraagd en bekomen van de vrederechter. De beschikking van de vrederechter van Aarschot kon inspiratie bieden voor de notarissen. Wanneer de beschermde persoon geen notarieel testament wilde opmaken, doch enkel een eigenhandig testament, kon ook een notariële akte neerlegging van dit eigenhandig testament zekerheid verschaffen over de periode waarin het testament was opgemaakt. Hoewel dit in de praktijk bijna nooit voorkomt, bestaat voor de testator de mogelijkheid om het eigenhandig testament vóór zijn overlijden neer te leggen onder de minuten van een notaris, waarbij de testator eventueel kan bevestigen dat het testament zijn geschrift en zijn handtekening bevat (H. JACOBS, *Les testaments (forme)* in *Rép.not.*, deel III, *Successions – Donations et testaments – Liquidation et partage de Communauté et Succession*, boek VIII, Brussel, Larcier, 1985, nr. 106). Deze akte neerlegging zal dan vermeld worden in het Centraal Register van uiterste wilsbeschikkingen.

Wanneer de testator het testament niet kan dicteren (de testator is doofstom of stom) zal men zijn toevlucht moeten nemen tot het internationaal testament. Het feit dat de testator niet kan dicteren, betekent op zich niet dat men een internationaal testament kan opmaken. Men moet wel vooraf uitdrukkelijk daartoe gemachtigd zijn door de vrederechter.

§ 7. *Kan de vrederechter in zijn machtiging bepaalde voorwaarden opleggen?*

**831.** Hoger werd vastgesteld dat de vrederechter geen enkele zeggensmacht bezit betreffende de inhoud van het testament (*cf. supra*). De vraag rijst of de vrederechter in zijn machtiging bepaalde andere voorwaarden kan opleggen, die geen verband houden met de inhoud van het testament, zoals een geldigheidsduur van zijn machtiging.

**832.** Het is aangewezen om niet te veel tijd te laten verlopen tussen de beschikking waarbij de vrederechter de machtiging verleent en het verlijden van het notarieel testament<sup>1077</sup> of het opmaken van het internationaal testament (wanneer men de machtiging heeft bekomen om een internationaal testament te maken). Er is door de wetgever geen geldigheidsduur van de machtiging voorzien, doch als men te lang wacht zal bij een discussie over de gezondheid van geest de machtiging van de vrederechter aan belang verliezen.

Men nam onder de vroegere wetgeving aan dat het mogelijk was voor de vrederechter om bij de machtiging een termijn op te leggen, waarna de machtiging vervalt<sup>1078</sup>. Bijvoorbeeld in de beschikking van de vrederechter van Aarschot van 12 februari 2004 wordt van deze mogelijkheid gebruikgemaakt om de machtiging te beperken in de tijd, omdat de gezondheidstoestand van de beschermde persoon volgens de vrederechter kon wijzigen<sup>1079</sup>. Andere vrederechters beperkten in het verleden daarentegen de geldigheid van hun machtiging niet in de tijd<sup>1080</sup>.

<sup>1077</sup> In dezelfde zin A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244.

<sup>1078</sup> In die zin A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 45, nr. 76; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337, voetnoot 3; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 40, nr. 91; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 389; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 532, nr. 21; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris?", *T.Vred.* 2007, p. 225, nr. 15.

<sup>1079</sup> Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en *Rev.trim.dr.fam.* 2005, 933 (weergave).

<sup>1080</sup> Zie bv. Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T.Vred.* 2005, 494.

**833.** Onder de nieuwe wetgeving komt geen uitdrukkelijke bepaling dienaangaande voor in de wettekst, net zoals dit onder de vroegere wetgeving evenmin het geval was. Omdat er op dit punt niets veranderd is, kan het vroeger verdedigde standpunt dat de vrederechter een termijn kan opleggen voor het opmaken van het testament vandaag nog verdedigd worden.

#### § 8. *Volgorde machtiging en testament*

**834.** Het is van belang om de juiste volgorde in acht te nemen inzake het bekomen van de machtiging en de opmaak van het testament.

Eerst moet de machtiging van de vrederechter worden bekomen en dan pas kan het testament worden opgemaakt. Dat blijkt duidelijk uit de tekst van het nieuwe artikel 905, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, waar er wordt bepaald dat de beschermde persoon bij testament kan beschikken “na machtiging ... door de ... vrederechter”.

Zonder de machtiging is de beschermde persoon niet bekwaam om een testament te maken en de bekwaamheid wordt beoordeeld en moet aanwezig zijn op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling<sup>1081</sup>.

#### § 9. *De beoordeling van de gezondheid van geest door de notaris*

**835.** Het feit dat de wet bepaalt dat de vrederechter de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon beoordeelt, betekent niet dat de notaris dan wordt vrijgesteld van de verplichting om na te gaan of de testator wel gezond van geest is op het ogenblik van het opmaken van het testament.

Er is geen reden om dit standpunt te verdedigen. De vrederechter moet de wilsbekwaamheid van de persoon onder bewind beoordelen bij het verlenen of weigeren van de machtiging. En de notaris blijft net zoals onder de vroegere wetgeving verplicht om zich de vraag te stellen of de testator wel gezond van geest is op het ogenblik van het

<sup>1081</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving voor het notarieel testament A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244. Zie evenwel onder de vroegere wetgeving voor het eigenhandig testament A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244: “Om een uiterste wilsbeschikking te maken moet een voorafgaandelijke machtiging verleend worden. Kan het dan niet dat de beschermde persoon eigenhandig een testament schrijft en op zijn persoonlijk verzoek aan de vrederechter aan de hand van een gesprek duidelijk maakt dat dit zijn laatste wil bevat en dat hij daarbij weet wat hij doet? Of is het eerder de bedoeling dat de beschermde persoon eerst zijn voornemen tot het opmaken van een testament uitlegt...”. De vragen worden door WYLLEMAN open gelaten.



opmaken van het testament<sup>1082</sup>. Denkt de notaris dat de testator op dat ogenblik niet gezond van geest is, dan zal hij het notarieel testament niet verlijden.

Het is mogelijk dat tussen het ogenblik waarop de machtiging wordt verleend en het ogenblik waarop het testament wordt opgemaakt zich een evolutie heeft voorgedaan, zodat bij het opmaken van het testament de beschermde persoon niet meer gezond van geest is. De notaris zal dan het testament niet kunnen verlijden<sup>1083</sup>. Hoewel die situatie in de praktijk zich wellicht niet vaak zal voordoen, is het ook mogelijk dat de vrederechter en de notaris van mening verschillen, met name dat de vrederechter de beschermde persoon gemachtigd heeft tot het maken van een testament en de notaris meent dat de beschermde persoon niet over de gezondheid van geest beschikt om een testament te maken. In dat geval zal de notaris, niettegenstaande de machtiging van de vrederechter, zijn ambt eveneens moeten weigeren.

#### § 10. Vermeldingen in het testament

**836.** In het notarieel testament kan, net zoals vroeger, de vermelding opgenomen worden dat de testator ingevolge een beschikking van de vrederechter onder bewind staat en door de vrederechter gemachtigd werd tot het opmaken van een testament. Een verwijzing naar de beschikking van de vrederechter waarbij de testator onder bewind is geplaatst en een verwijzing naar de beschikking van de vrederechter waarbij machtiging wordt gegeven tot het opmaken van het testament is echter facultatief. Het ontbreken daarvan heeft geen implicaties op het vlak van de geldigheid van het testament.

Wel lijkt het mij aan te bevelen om de beschikking van de vrederechter te vermelden waarbij de testator onder bewind is geplaatst, om te vermelden dat daaruit de onbekwaamheid voortvloeit voor de testator om zonder machtiging van de vrederechter een testament te maken (ofwel omdat hij algemeen onbekwaam is verklaard, ofwel omdat het maken van een testament voorkomt in de opsomming van de rechtshandelingen waarvoor de persoon onder bewind uitdrukkelijk onbekwaam is verklaard) en om dan melding te maken van de beschikking waarbij de vrederechter machtiging geeft om een testament te maken.

**837.** Het is mogelijk om de beschikking van de vrederechter bij het testament te voegen, maar ook dat is facultatief.

<sup>1082</sup> In dezelfde zin P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337; F. REUSENS, "L'administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003", *Rev.not.b.* 2005, p. 231, voetnoot 78; A. WITTENS, "Voorlopig bewind: 'le beaujolais nouveau est arrivé' ... maar kan nog niet gedronken worden", *NFM* 2003, 288; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T.Not.* 2007, p. 534, nr. 22.

<sup>1083</sup> Zie A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniale familie-recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244.

Stukken die tot staving dienen van de notariële akte, m.a.w. de stukken die de rechts-geldigheid van de overeenkomst of rechtshandeling moeten aantonen, zoals door de wet vereiste aanmaningen of de grosse van een vonnis in het kader van een uitvoerend beslag op onroerend goed, moeten niet aan de minuut worden gehecht wanneer die stukken in het archief van een notaris of op een griffie in origineel worden bewaard<sup>1084</sup>.

### § 11. Onbekwaamheid tot ontvangen

**838.** In hoofde van de bewindvoerder bestaat er een onbekwaamheid om een legaat te ontvangen van de beschermde persoon (nieuw art. 908 BW).

Deze onbekwaamheid is vergelijkbaar met de onbekwaamheid tot ontvangen, die is voorzien in artikel 907 van het Burgerlijk Wetboek voor de voogd<sup>1085</sup> en in artikel 909 van het Burgerlijk Wetboek voor de doctors in de genees-, heel- en verloskunde, officieren van gezondheid en apothekers, voor de beheerders en personeelsleden van rustoorden, rust- en verzorgingstehuizen, evenals van om het even welke collectieve woonstructuur ook voor bejaarden, voor de bedienaren van de erediensten en andere geestelijken en voor de afgevaardigden van de Centrale Vrijzinnige Raad<sup>1086</sup>.

**839.** Oorspronkelijk bepaalde het nieuwe artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek, zoals ingevoerd door de wet van 17 maart 2013, dat hetzelfde verbod tot ontvangen gold voor de bloedverwanten in opgaande of neergaande lijn van de bewindvoerder, evenals voor diens echtgenoot of wettelijk samenwonende partner. Deze zinsnede werd echter geschrapt.

Nochtans kan men uit die schrapping niet in een redenering *a contrario* afleiden dat beschikkingen in het voordeel van deze personen geen probleem zouden vormen.

Deze schrapping is immers het gevolg van het amendement nr. 98 van mevrouw BECQ en consoorten<sup>1087</sup>, die de schrapping voorstellen omdat deze zinsnede volgens hen overbodig is en voor verwarring zorgt. Immers in artikel 911 van het Burgerlijk Wetboek, dat van toepassing is op iedere beschikking ten voordele van een onbekwame, wordt een beschikking in het voordeel van deze personen reeds nietig verklaard. Een beschikking bij testament in het voordeel van een tussenpersoon is eveneens nietig (art. 911, eerste lid BW). Als tussenpersonen bedoelt men volgens artikel 911, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek de ouders, de kinderen en afstammelingen en de

<sup>1084</sup> Zie C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, deel I, Antwerpen, Kluwer, 1994, p. 54, nr. 48; C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, deel I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 79, nr. 96.

<sup>1085</sup> Zie hierover J. BAEL, "Schenkingen en testamenten" in C. ENGELS (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Personen- en familierecht. Familiaal vermogensrecht. Erfenissen. Schenkingen en testamenten*, X, Brugge, die Keure, 2007, p. 162, nrs. 48-49.

<sup>1086</sup> Zie hierover J. BAEL, "Erfenissen, schenkingen en testamenten" in C. ENGELS (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, die Keure, 2004, p. 159-172, nrs. 164-210; J. BAEL, "Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten" in C. ENGELS (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, XV, Brugge, die Keure, 2009, p. 183-186, nrs. 49-54.

<sup>1087</sup> Zie *Parl.St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3149/004, 58.

echtgenoot van de onbekwame of de persoon met wie deze wettelijk samenwoont. Het gaat met andere woorden in artikel 911 van het Burgerlijk Wetboek om dezelfde personen als deze vermeld in de geschrapte zinsnede van het nieuwe artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek. Er is één verschil. Artikel 911 van het Burgerlijk Wetboek laat wel beschikkingen toe in het voordeel van de grootouders, terwijl de uit artikel 908 geschrapte zinsnede dit niet toeliet.

**840.** De uitzonderingen vermeld in artikel 909, derde lid, 2° en 3° van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing op de onbekwaamheid tot ontvangen van de bewindvoerder (nieuw art. 908 BW). Met andere woorden: beschikkingen bij testament in het voordeel van volgende personen vormen geen probleem wanneer zij bewindvoerder zijn:

- de beschikking in het voordeel van erfgenamen in de rechte lijn (art. 909, derde lid, 2° BW);
- de beschikkingen in het voordeel van de echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de persoon met wie de beschikker een feitelijk gezin vormt (art. 909, derde lid, 3° BW);
- de beschikkingen in het voordeel van bloedverwanten tot en met de vierde graad, in het geval dat de testator geen erfgenamen in de rechte lijn nalaat (art. 909, derde lid, 2° BW).

**841.** Inzake de onbekwaamheid om een legaat te ontvangen van de beschermde persoon in hoofde van de bewindvoerder, wijkt men af van de vroegere regeling. Onder de vroegere wetgeving kon de beschermde persoon een testament maken in het voordeel van de voorlopig bewindvoerder<sup>1088</sup>. Artikel 902 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat alle personen kunnen verkrijgen bij testament, uitgezonderd degenen die de wet daartoe onbekwaam verklaart. Er was geen wettelijke bepaling die de voorlopig bewindvoerder onbekwaam maakte om een legaat vanwege de persoon onder voorlopig bewind te aanvaarden. Artikel 907 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing op de voorlopig bewindvoerder.

Artikel 488*bis*, h), § 1, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek verbood de voorlopig bewindvoerder, buiten de in het eerste lid van dat artikel vermelde bezoldigingen, enige bezoldiging of enig voordeel, van welke aard ook of van wie ook, te ontvangen met betrekking tot het uitoefenen van het gerechtelijk mandaat van voorlopig bewindvoerder. Deze bepaling verhinderde de voorlopig bewindvoerder echter niet om een schenking of een legaat te aanvaarden van de beschermde persoon, weliswaar nadat de vrederechter de beschermde persoon had gemachtigd om de schenking te doen of het testament te maken. Men nam immers aan dat artikel 488*bis*, h), § 1, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek enkel betrekking had op de vergoedingen en voordelen die verband houden met de uitoefening van de opdracht van voorlopig bewindvoerder. Dit volgde ook uit de vaststelling dat men tijdens de parlementaire voorbereiding tot de wet van 3 mei 2003 aanvankelijk overwogen heeft om het eerste en het tweede lid van artikel 907 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing te verklaren op de voorlo-

<sup>1088</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 267, nr. 307.

pig bewindvoerder<sup>1089</sup> en daarna daarvan heeft afgezien<sup>1090</sup>. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd bovendien uitdrukkelijk verklaard dat de beschermde persoon schenkingen kan doen aan zijn voorlopig bewindvoerder<sup>1091</sup>.

**842.** Deze wijziging aan de wettekst heeft verstrekkende gevolgen inzake de bewindvoering! Vaak willen mensen dat als (voorlopig) bewindvoerder een persoon wordt aangesteld voor wie zij genegenheid voelen. Vaak willen ze ook een beschikking in hun testament opnemen in het voordeel van die persoon. Als die personen niet vallen onder de uitzonderingen vermeld in artikel 909, derde lid, 2° en 3° van het Burgerlijk Wetboek (*cf. supra*), dan zal geen testament in hun voordeel kunnen worden gemaakt, noch in het voordeel van hun ouders, kinderen en afstammelingen, echtgenoot of wettelijk samenwonende partner!

**843.** De vraag is of het ogenblik waarop het testament is gemaakt bepalend is, dan wel het ogenblik waarop het testament uitvoering krijgt.

Het opvallende is dat voor het nieuwe artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek het niet uitmaakt op welk ogenblik het testament is opgemaakt. Het feit dat het testament is opgemaakt vooraleer het bewind een aanvang heeft genomen, doet niet ter zake. Men heeft het nieuwe artikel 908 geschreven zoals artikel 907 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de onbekwaamheid van de voogd om een legaat of een schenking te ontvangen, en niet naar analogie met artikel 909 van het Burgerlijk Wetboek. Er staat niet dat een bewindvoerder geen legaat kan ontvangen van de beschermde persoon ingevolge een testament dat de beschermde persoon in de loop van de bewindvoering (onder die bewindvoerder) heeft gemaakt. Er staat gewoon dat een bewindvoerder geen legaat kan ontvangen van de beschermde persoon.

Als men dus op het ogenblik van het overlijden van de beschermde persoon bewindvoerder is, zal men geen legaat kunnen ontvangen van de beschermde persoon, ook al is het testament opgemaakt lang vooraleer het bewind een aanvang heeft genomen. Ook de zogenaamde tussenpersonen vermeld in artikel 911 van het Burgerlijk Wetboek zullen in dat geval geen legaat kunnen ontvangen van de beschermde persoon. Het gaat om de ouders, de kinderen en afstammelingen en de echtgenoot van de bewindvoerder of de persoon met wie de bewindvoerder wettelijk samenwoont.

Men kan in dit verband niet de redenering naar analogie maken met artikel 909 van het Burgerlijk Wetboek, waar gesteld wordt dat de doctors in de genees-, heel- en verloskunde, de officieren van gezondheid en apothekers niet kunnen genieten van beschikkingen bij testament die de erflater *in de loop van de ziekte (waarvoor ze hem behandeld hebben en waaraan hij overleden is)* heeft gemaakt (art. 909, eerste lid BW). Men kan evenmin de redenering naar analogie maken met de beheerders en personeelsleden van rustoorden, rust- en verzorgingstehuizen of om het even welke

<sup>1089</sup> Zie de tekst aangenomen in de Kamer in plenaire vergadering en overgezonden aan de Senaat, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-107/14, 14.

<sup>1090</sup> Zie het amendement nr. 101 van de regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 42-43.

<sup>1091</sup> Zie *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 43: "Waar nodig, blijft het voor de beschermde persoon dan ook mogelijk de voorlopig bewindvoerder of diens naasten te bevoordelen door schenking".

collectieve woonstructuur ook voor bejaarden, die geen voordeel kunnen genieten van de beschikkingen bij testament die een persoon die in hun instelling heeft verbleven *gedurende zijn verblijf* daar in hun voordeel zou hebben gemaakt.

**844.** De voorgaande vaststellingen zullen vaak tot gevolg hebben dat geen keuze zal worden gemaakt over een aan te stellen bewindvoerder, omdat men die persoon of zijn ouders, kinderen, afstammelingen, echtgenoot of wettelijk samenwonende partner ook in zijn testament wil bevoordelen. Deze vaststellingen zullen eveneens tot gevolg hebben dat men in een groot aantal gevallen bij de aanstelling van een bewindvoerder door de vrederechter de opdracht niet zal aanvaarden.

**845.** Vanuit het gezichtspunt van de notaris betekent dit dat de notaris *bij de keuze van een bewindvoerder* steeds de vraag moet stellen of de cliënt toch geen testament heeft gemaakt of van plan is te maken in het voordeel van die verkozen bewindvoerder of in het voordeel van de ouders, de kinderen, de afstammelingen, de echtgenoot of wettelijk samenwonende partner van de verkozen bewindvoerder. Is het antwoord op de vraag dat de cliënt wel degelijk een testament heeft gemaakt of wil maken in het voordeel van die personen en valt men niet onder de uitzonderingen van artikel 909, derde lid, 2° en 3°, dan heeft dit tot gevolg dat men een andere keuze zal moeten maken over een aan te stellen bewindvoerder.

Anderzijds: *wanneer een notaris een testament opmaakt*, zal hij de vraag moeten stellen aan de testator of in het testament toch geen legaat is vermaakt in het voordeel van zijn bewindvoerder of in het voordeel van de persoon die hij als bewindvoerder heeft gekozen overeenkomstig het nieuwe artikel 496 van het Burgerlijk Wetboek of die hij als voorlopig bewindvoerder heeft gekozen overeenkomstig het vroegere artikel 488*bis*, b), § 2 van het Burgerlijk Wetboek, dan wel in het voordeel van de in artikel 911 van het Burgerlijk Wetboek vermelde tussenpersonen. Is het antwoord op de vraag dat een van de legatarissen wel degelijk de bewindvoerder is, de persoon die de testator als bewindvoerder of voorlopig bewindvoerder heeft gekozen, of een van de in artikel 911 vermelde tussenpersonen, en valt men niet onder de uitzonderingen van artikel 909, derde lid, 2° en 3°, dan heeft dit tot gevolg dat men een andere bewindvoerder moet laten aanstellen of een andere keuze zal moeten maken over een aan te stellen bewindvoerder of voorlopig bewindvoerder.

Men kan in het testament uitdrukkelijk vermelden dat men die vraag heeft gesteld aan de testator.

**846.** In artikel 908 wordt de bepaling van artikel 907, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, dat men ook geen legaat kan vermaken aan een gewezen voogd, zolang de slotrekening over de voogdij niet gedaan en aangezuiverd is (art. 907, tweede lid BW)<sup>1092</sup>, niet overgenomen. Dit betekent dat van zodra men geen bewindvoerder meer is de onbekwaamheid tot ontvangen niet meer geldt.

<sup>1092</sup> J. BAEL, "Schenken en testamenten" in C. ENGELS (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Personen- en familierecht. Familiaal vermogensrecht. Erfenissen. Schenkingen en testamenten*, X, Brugge, die Keure, 2007, p. 162, nrs. 48-49.

## HOOFDSTUK II. DE SCHENKING

## § 1. Wanneer kan een persoon onder bewind een schenking doen?

## A. Vroegere wetgeving

**847.** Onder de vroegere wetgeving (meer bepaald onder de wetgeving van toepassing na de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003) golden voor de schenking door een persoon onder voorlopig bewind ongeveer dezelfde regels als voor het testament.

De persoon onder voorlopig bewind kon enkel een schenking onder de levenden doen na machtiging door de vrederechter (art. 488*bis*, h), § 2, eerste lid BW).

In de rechtsleer werd wel een uitzondering gemaakt voor de kleine schenkingen die de beschermde persoon deed met zijn zakgeld. Dergelijke schenkingen werden in de rechtsleer mogelijk geacht zonder machtiging van de vrederechter. De motivering voor dit standpunt was dat de beschermde persoon dit zakgeld vrij kon gebruiken en daar dus ook kleine schenkingen mee kon doen<sup>1093</sup>.

**848.** Net zoals bij het testament, gold hier de regel dat de machtiging van de vrederechter vereist was om een schenking te doen, was in alle gevallen waarin een voorlopig bewindvoerder was aangesteld<sup>1094, 1095</sup>, dus ook in het geval dat aan de voorlopig bewindvoerder slechts een beperkte opdracht was gegeven of een opdracht tot het stellen van een welbepaalde rechtshandeling<sup>1096</sup>, evenals in het geval dat de

<sup>1093</sup> A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42, nr. 67; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 36, nr. 83; zie ook T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 150, voetnoot 715.

<sup>1094</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, voetnoot 726; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2006, 37-38; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "L'administration provisoire et la banque" in *Banque et famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 67; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42, nr. 67; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 36, nr. 82; F. REUSENS, "L'administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003", *Rev.not.b.* 2005, p. 229, nr. 3.4 en p. 232, nr. 3.4; E. VIEUJEAN, "L'administration provisoire", *Rev.trim.dr.fam.* 2003, 682. Vgl. A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42, nr. 67.

<sup>1095</sup> *Contra*: P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 290-291, nr. 336; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 185, nr. 394. *Cf. supra*.

<sup>1096</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, voetnoot 726. Niet iedereen is het daarover eens. *Cf. supra* inzake het testament.

beschermde persoon louter en alleen omwille van een lichamelijke ongeschiktheid onder het voorlopig bewind was geplaatst.

## B. Huidige wetgeving

**849.** Thans bepaalt het nieuwe artikel 905, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek dat de persoon die op grond van het nieuwe artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam is verklaard om te beschikken bij schenking onder de levenden, toch een schenking onder de levenden kan doen na machtiging te hebben verkregen van de vrederechter bedoeld in artikel 628, 3° van het Gerechtelijk Wetboek.

Er zijn, net zoals bij het testament, onder de nieuwe wetgeving drie situaties denkbaar.

**850.** Wanneer de te beschermen persoon zich in een gezondheidstoestand bevindt die voorkomt op een door de Koning opgestelde lijst van de gezondheidstoestanden die geacht worden op een ernstige en aanhoudende wijze het vermogen aan te tasten van de te beschermen persoon om zijn belangen van vermogensrechtelijke aard behoorlijk waar te nemen, zelfs met behulp van bijstand (nieuw art. 492/5, eerste lid BW) is een *algemene onbekwaamheid* betreffende de rechtshandelingen en proceshandelingen met betrekking tot het vermogen de regel. De beschermde persoon moet dan vertegenwoordigd worden bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot zijn vermogen (nieuw art. 492/5, tweede lid BW). In dat geval is de persoon onder bewind niet bekwaam om een schenking te doen zonder machtiging door de vrederechter, tenzij de vrederechter van dat principe van de algemene onbekwaamheid is afgeweken en alsnog tot een beoordeling op maat is overgegaan indien hij dit noodzakelijk acht (art. 492/5, derde lid BW) en uit die beoordeling op maat zou volgen dat de beschermde persoon niet onbekwaam is om een schenking te doen.

In deze hypothese van de algemene onbekwaamheid is de persoon onder bewind in principe niet bekwaam om een schenking te doen en zal hij de machtiging van de vrederechter nodig hebben indien hij een schenking wil doen<sup>1097</sup>.

**851.** Het is ook mogelijk dat de beschermde persoon zich niet in een dergelijke gezondheidstoestand bevindt. De vrederechter die een rechterlijke beschermingsmaatregel met betrekking tot de persoon beveelt en/of met betrekking tot de goederen en

<sup>1097</sup> In het geval de te beschermen persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt op de lijst van gezondheidstoestanden opgesteld door de Koning is de algemene onbekwaamheid, wat handelingen betreffende het vermogen betreft, de regel. Het nieuwe art. 492/5, tweede lid BW bepaalt dat in dat geval “*bij gebreke van aanwijzingen in de beschikking* bedoeld in artikel 492/1, § 2”, de te beschermen persoon vertegenwoordigd wordt bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot diens goederen. Het nieuwe art. 492/5, derde lid voegt daaraan toe dat de vrederechter alsnog tot een *beoordeling op maat* kan overgaan indien hij dit noodzakelijk acht. Men doet er dus goed aan, zelfs wanneer de te beschermen persoon zich in een van de gezondheidstoestanden bevindt van de lijst van de Koning, om de beschikking van de vrederechter goed te lezen, om zeker te zijn dat er geen uitzonderingen worden voorzien op het principe van de algemene onbekwaamheid of dat er niet wordt afgeweken van het principe van de algemene onbekwaamheid. Het is op grond van het nieuwe art. 492/5, tweede en derde lid BW theoretisch denkbaar dat de persoon onder bewind toch nog bekwaam wordt geacht om een schenking te doen.

een bewindvoerder aanstelt, *somt in dat geval de handelingen op* in verband met de persoon waarvoor de beschermde persoon onbekwaam is en/of de handelingen of categorieën van handelingen in verband met de goederen waarvoor deze onbekwaam is (nieuw art. 492/1, § 1, eerste lid en nieuw art. 492/1, § 2, eerste lid BW).

De vrederechter, die een rechterlijke beschermingsmaatregel beveelt met betrekking tot de goederen, oordeelt in zijn beschikking dan in ieder geval uitdrukkelijk over de bekwaamheid van de beschermde persoon met betrekking tot “het schenken onder levenden” (nieuw art. 492/1, § 2, derde lid, 13° BW).

De beschermde persoon is in die hypothese niet bekwaam om een schenking te doen zonder machtiging van de vrederechter indien hij bij de opsomming uitdrukkelijk onbekwaam is verklaard om een schenking onder de levenden te doen.

**852.** In alle andere gevallen kan de beschermde persoon een schenking doen zonder machtiging van de vrederechter.

## § 2. Wie vraagt de machtiging aan de vrederechter?

### A. Principe

**853.** Uit de tekst van het eerste lid van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat in principe de beschermde persoon het verzoek moet indienen om een schenking te doen en niet de bewindvoerder (nieuw art. 905, eerste lid BW: “Onverminderd de artikelen 903 en 904, kan de persoon die op grond van artikel 492/1 onbekwaam is verklaard om te beschikken, hetzij bij schenking onder de levenden hetzij bij testament, toch beschikken na machtiging, *op zijn verzoek*, door de in artikel 628, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde vrederechter”).

**854.** Ook onder de vroegere wetgeving voorzag men dat de machtiging moest worden gevraagd door de beschermde persoon zelf<sup>1098</sup> en niet door de voorlopig bewindvoerder<sup>1099</sup>.

<sup>1098</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, nr. 240; P. DELNOY, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2006, 37; C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 331, nr. 385; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 186, nr. 199; A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42, nr. 68; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 36, nr. 83; F. REUSSENS, “L’administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003”, *Rev.not.b.* 2005, p. 229, nr. 3.4; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 181, nr. 386. Dit vloeide voort uit de tekst van art. 488bis, h), § 2, eerste lid BW: “De beschermde persoon kan slechts geldig schenken onder levenden of een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging, *op zijn verzoek*, door de vrederechter ...”.

<sup>1099</sup> Het kwam echter voor dat de vrederechter ook een verzoek uitgaande van de voorlopig bewindvoerder als ontvankelijk beschouwde. Zie o.m. Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.



## B. Uitzondering

**855.** Onder de vroegere wetgeving voorzag de wettekst geen uitzondering op het principe dat de persoon onder voorlopig bewind de machtiging om te schenken moest vragen.

**856.** In sommige gevallen kan de schenking echter gedaan worden door de bewindvoerder en kan dan ook de bewindvoerder de machtiging daartoe aanvragen (*cf. infra*).

### § 3. Wie doet de schenking?

#### A. Principe

**857.** Uit de tekst van het eerste lid van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de beschermde persoon die het verzoek heeft ingediend om een schenking te doen, deze schenking ook zelf doet en niet de bewindvoerder (nieuw art. 905, eerste lid BW: “Onverminderd de artikelen 903 en 904, *kan de persoon die op grond van artikel 492/1 onbekwaam is verklaard* om te beschikken, hetzij bij schenking onder de levenden hetzij bij testament, *toch beschikken* na machtiging, op zijn verzoek, door de in artikel 628, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde vrederechter”). Dat onder de nieuwe wetgeving in principe enkel de persoon onder bewind kan schenken onder de levenden (met uitzondering van de gebruikelijke geschenken in verhouding tot het vermogen van de beschermde persoon) volgt ook uit het nieuwe artikel 497/2, 24° van het Burgerlijk Wetboek.

**858.** Ook onder de vroegere wetgeving was het de beschermde persoon die de notariële schenkingsakte tekende of de schenking deed<sup>1100</sup>, zonder bijstand van de voorlopig bewindvoerder<sup>1101</sup>.

#### B. Uitzondering

**859.** Een schenking onder de levenden is dus een rechtshandeling die in principe enkel door de beschermde persoon kan worden gesteld en niet door een wettelijk

<sup>1100</sup> C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377. Zie voor een model van clause C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 326, nr. 379.

<sup>1101</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 153, nr. 241; C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377. Volgens DE WULF zou de vrederechter bij de machtiging wel de bijstand van de voorlopig bewindvoerder kunnen opleggen (C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377). Bij een schenking was dit onder het vroegere recht effectief mogelijk (anders dan bij het testament). Deze bijstand door de voorlopig bewindvoerder leek echter overbodig, nu de vrederechter machtiging gaf tot het doen van een schenking overeenkomstig het bij het verzoekschrift gevoegde ontwerp.

vertegenwoordiger. De beschermde persoon heeft deze machtiging nodig wanneer hij onbekwaam is verklaard om te beschikken.

Onder het voorlopig bewind was het voor de bewindvoerder nooit mogelijk om een schenking te doen in naam en voor rekening van de beschermde persoon. Het feit dat volgens de letterlijke tekst van de wet een schenking enkel door de beschermde persoon persoonlijk kon worden gedaan, op voorwaarde dat die op dat ogenblik wilschik was, gaf in de praktijk aanleiding tot problemen. De stelling dat enkel de beschermde persoon kon schenken indien hij gezond van geest was (na machtiging door de vrederechter) leidde ertoe dat men families met een persoon onder voorlopig bewind vaak de mogelijkheid ontzegde om een goede familiale vermogensplanning uit te werken, zelfs indien de beschermde persoon dat wellicht zelf had gewild indien hij wilschik zou zijn<sup>1102</sup>. Schenkingen, in het bijzonder van roerende goederen, zijn een efficiënt middel om de overgang van het vermogen naar de volgende generatie op een fiscaal aanvaardbare manier te realiseren. De stelling dat enkel een wilschikte beschermde persoon kon schenken had tot gevolg dat deze schenkingen niet meer mogelijk waren wanneer de beschermde persoon niet meer gezond van geest was.

**860.** Thans voorziet het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek echter de mogelijkheid voor de bewindvoerder over de goederen om na machtiging door de vrederechter te schenken wanneer de beschermde persoon daartoe zelf wilsonbekwaam is (naast de gebruikelijke geschenken in verhouding tot het vermogen van de beschermde persoon).

Een dergelijke machtiging kan worden gegeven indien de verklaring van voorkeur omtrent de aan te wijzen bewindvoerder of vroegere mondelinge of schriftelijke verklaringen van de beschermde persoon, geuit op een ogenblik dat hij nog wilsbekwaam was, uitdrukkelijk blijk geven van de wil tot schenken (nieuw art. 499/7, § 4 BW).

**861.** Het is opvallend dat het volstaat dat de wil om te schenken blijkt uit vroegere mondelinge of schriftelijke verklaringen van de beschermde persoon, die dus niet de notariële vorm behoeven, wanneer men weet dat een volmacht tot het doen van een schenking op straffe van nietigheid een authentieke volmacht moet zijn<sup>1103</sup>.

De schenking moet dan wel in verhouding staan tot het vermogen van de beschermde persoon en mag de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden niet behoeftig dreigen te maken (nieuw art. 499/7, § 4 BW).

<sup>1102</sup> F. SWENNEN, "De uitvoering van de animus donandi van de beschermde persoon onder voorlopig bewind" (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004), *RW* 2005-06, p. 38-39, nr. 2.

<sup>1103</sup> Zie o.m. W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 490, nr. 1039; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 635, nr. 1190.

#### § 4. Procedure

**862.** De artikelen 1241 en 1246 van het Gerechtelijk Wetboek zijn van toepassing indien men machtiging wil bekomen tot het doen van een schenking (nieuw art. 905, zesde lid BW).

In dit verband kan worden verwezen naar de uiteenzetting inzake het testament (*cf. supra*).

**863.** Indien de schenking gebeurt door de bewindvoerder, is het nieuwe artikel 1241 in verband met de omstandige geneeskundige verklaring (waaruit dan moet blijken dat de beschermde persoon zelf niet meer wilsbekwaam is om te schenken) van toepassing. In verband met de procedure tot het bekomen van machtiging is het nieuwe artikel 1246 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing (nieuw art. 499/7, § 4 BW).

#### § 5. Waarmee houdt de vrederechter rekening bij zijn beoordeling?

##### A. De beoordeling van de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon

**864.** De vrederechter, die een uitspraak moet doen over het verzoek tot machtiging voor het doen van een schenking, oordeelt over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon (nieuw art. 905, tweede lid BW).

In dit verband kan worden verwezen naar de uiteenzetting inzake het testament.

##### B. De vrederechter beoordeelt niet enkel de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon

###### 1. Inleiding

**865.** Afwijkend van de regeling van toepassing op het testament, is dat de vrederechter de machtiging om te schenken, ingevolge het nieuwe artikel 905, vijfde lid van het Burgerlijk Wetboek, zal weigeren als de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking behoeftig dreigen te worden. Een zelfde regel gold onder de vroegere wetgeving ingevolge artikel 488*bis*, h), § 2, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek<sup>1104</sup>.

Men kan de stelling verdedigen dat dit criterium van de behoeftigheid niet geldt wanneer de schenking pas uitwerking krijgt bij het overlijden van de beschermde per-

<sup>1104</sup> Eigenlijk bepaalt het nieuwe art. 905, vijfde lid BW (net zoals het vroegere art. 488*bis*, h), § 2, tweede lid BW), dat de vrederechter de machtiging om te schenken *mag* weigeren indien de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking behoeftig dreigen te worden.

soon<sup>1105</sup> en dus bijvoorbeeld niet geldt bij een schenking onder de opschortende voorwaarde van vooroverlijden of onder de opschortende termijn van overlijden.

## 2. Het vermogen en de inkomsten van de persoon onder bewind

**866.** Bij de beoordeling van het verzoek tot machtiging zal de vrederechter dus rekening moeten houden met de financiële mogelijkheden van de persoon onder bewind<sup>1106</sup>. De vrederechter zal aandacht hebben voor de periodieke (maandelijke) inkomsten van de beschermde persoon en voor de omvang van het totale vermogen<sup>1107</sup>.

Daartoe kan de vrederechter, die volgens het nieuwe artikel 1246, § 2, vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek alle nuttige inlichtingen kan inwinnen, informatie vragen over de omvang van het totale vermogen en de inkomsten van de persoon onder bewind<sup>1108</sup> en over de behoeften van de beschermde persoon zelf, evenals van zijn onderhoudsgerechtigden<sup>1109</sup>.

De vrederechter kan eenieder die hem nuttige informatie kan verschaffen bij gerechtsbrief oproepen om te worden gehoord (nieuw art. 1246, § 2, vierde lid Ger.W.). De beschermde persoon, de bewindvoerder en de vertrouwenspersoon worden steeds opgeroepen door de vrederechter om te worden gehoord (nieuw art. 1246, § 2, derde lid Ger.W.).

**867.** De vrederechter zal echter op het ogenblik van het verzoek tot machtiging reeds over veel informatie beschikken.

Immers, de bewindvoerder over de goederen moet in principe binnen de maand na de aanvaarding van zijn opdracht een schriftelijk verslag bezorgen aan de vrederechter met betrekking tot de vermogenstoestand en de inkomstenbronnen van de beschermde persoon (nieuw art. 499/6, tweede lid BW).

Bovendien moet de bewindvoerder over de goederen jaarlijks rekenschap van zijn beheer geven aan de vrederechter en jaarlijks een schriftelijk verslag aan de vrederechter bezorgen (nieuw art. 499/14, § 2, eerste lid BW) dat onder meer een overzicht bevat van de stand van het beheerde vermogen bij de aanvang en op het einde van de periode waarover verslag wordt uitgebracht (nieuw art. 499, § 2, tweede lid, 3° BW)<sup>1110</sup>.

<sup>1105</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 182, nr. 387.

<sup>1106</sup> Onder de vroegere wetgeving Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.

<sup>1107</sup> Zie onder de vroegere wetgeving o.m. Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *RW* 2005-06, 36, noot F. SWENNEN, *T.Vred.* 2005, 498 en *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 923 (weergave).

<sup>1108</sup> Zie onder de vroegere wetgeving N. LABEEUW, "Wet 3 mei 2003 op het voorlopig bewind", *Notariaat* 2004, nr. 3, p. 5, nr. 27.

<sup>1109</sup> Over de vraag wie tot de onderhoudsgerechtigden moet worden gerekend, zie o.m. F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 182, nr. 387.

<sup>1110</sup> In de zin (onder de vroegere gelijkaardige wettelijke bepalingen) dat de vrederechter rekening zal houden met de financiële mogelijkheden van de beschermde persoon, zoals die blijken uit de verslagen van de voorlopig bewindvoerder: Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562.

### 3. De inhoud van de schenkingsakte

**868.** In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij het testament, speelt de inhoud van de schenkingsakte wel een rol bij de beoordeling door de vrederechter<sup>1111</sup>. De wet legt immers aan de vrederechter niet alleen op om na te gaan of de beschermde persoon wilsbekwaam is, doch ook of de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking niet dreigen behoeftig te worden.

Het voorwerp van de schenking is hier dus wel relevant bij de beoordeling door de vrederechter<sup>1112</sup>.

**869.** Niet alleen het voorwerp van de schenking, doch ook de voorwaarden van de schenking kunnen van belang zijn bij de beoordeling door de vrederechter. Zo kan bijvoorbeeld aan de schenking een last van bijstand en onderhoud verbonden worden, of er kan een recht van bewoning voorzien zijn of een verplichting om de medische kosten van de schenker ten laste te nemen. Daarbij kunnen ook waarborgen voorzien zijn tot uitvoering van de lasten. Dergelijke bepalingen zijn zeker relevant voor de vrederechter aan wie om machtiging wordt verzocht.

Wanneer het verzoekschrift tot machtiging wordt ingediend bij de vrederechter zal dus moeten worden verduidelijkt wat het voorwerp van de schenking is en welke de voorwaarden van de schenking zijn<sup>1113</sup>. Men zal daartoe een ontwerp van de schenkingsakte aan de vrederechter moeten bezorgen<sup>1114</sup> of van het geschrift *ad probationem*, indien de schenking niet gebeurt bij notariële akte.

<sup>1111</sup> Onder de vroegere wetgeving Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 84.

<sup>1112</sup> Onder de vroegere wetgeving Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 84. Zie ook in de zin dat de rechter minstens de omvang van de schenking moet kennen F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 182, nr. 388.

<sup>1113</sup> Vgl. onder de vroegere wetgeving A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42-43, nr. 70, die stelt dat de vrederechter het bedrag van de schenking moet kunnen plafonneren en voorwaarden kan opleggen.

<sup>1114</sup> Onder de vroegere wetgeving Vred. Zelzate 21 november 2006, *T.Not.* 2007, 562. Zie ook C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 325, nr. 377 en p. 331, nr. 385; M. MASSCHELEIN, *Schenking bij notariële akte*, Brussel, Larcier, 2007, p. 47, nr. 78. Volgens deze auteurs kan het wenselijk zijn of is het aangeraden dat een ontwerp van de schenkingsakte bij het verzoekschrift zou worden gevoegd.

**870.** De vrederechter zal de beschermde persoon dan machtigen om de schenking te doen overeenkomstig het voorgelegde ontwerp van schenkingsakte. De vrederechter machtigt de beschermde persoon om die welbepaalde schenking te doen en machtigt dus *in concreto*<sup>1115</sup>.

**871.** De vrederechter zal bij de beoordeling van de inhoud van de schenking zich in principe beperken tot de vraag of de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking al dan niet behoeftig dreigen te worden<sup>1116</sup>. De wet voorziet enkel de mogelijkheid om de machtiging van de schenking op die grond te weigeren of op grond van het ontbreken van de wilsbekwaamheid (dit laatste in het geval de persoon onder bewind zelf de schenking wil doen).

Men mag dit echter niet te streng opvatten. Het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de vrederechter moet oordelen over de wilsbekwaamheid van de persoon onder bewind (nieuw art. 905, tweede lid BW) en de machtiging om te schenken mag weigeren indien de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking behoeftig dreigen te worden (nieuw art. 905, vijfde lid BW). Het Burgerlijk Wetboek bepaalt echter niet dat de vrederechter enkel op die gronden de machtiging mag weigeren. De vrederechter zal de machtiging ook kunnen weigeren indien de schenkingsakte bepalingen bevat die strijdig zijn met de openbare orde, de goede zeden of de wet. De vrederechter kan de machtiging weigeren indien de begiftigde onbekwaam is om de schenking te ontvangen ingevolge artikel 909 van het Burgerlijk Wetboek<sup>1117</sup> of ingevolge het nieuwe artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek. De machtiging kan tevens worden geweigerd indien de schenking wordt gedaan met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers<sup>1118</sup> of indien

<sup>1115</sup> Onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 153, nr. 241; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42, nr. 70; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 85.

<sup>1116</sup> In de zin (onder de vroegere wetgeving) dat een verdere inhoudelijke controle niet mogelijk is W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 84.

<sup>1117</sup> Onder de vroegere wetgeving Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 187, nr. 199.

<sup>1118</sup> Onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, nr. 241; F. REUSENS, "L'administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003", *Rev.not.b.* 2005, p. 230, voetnoot 69.

er sprake is van captatie of suggestie<sup>1119</sup>. De vrederechter zal wel niet oordelen over de opportuniteit van de schenking<sup>1120</sup>.

### § 6. De vorm van de schenking

**872.** Anders dan bij het testament zijn er geen beperkende bepalingen inzake de vorm van de schenking. Dit was ook niet het geval onder de vroegere wetgeving.

De schenking kan de notariële vorm aannemen, doch ook voor een handgift<sup>1121</sup> of een onrechtstreekse schenking<sup>1122</sup> kan machtiging worden gegeven door de vrederechter.

**873.** In de rechtsleer werd onder de vroegere wetgeving het standpunt verdedigd dat de vrederechter de notariële vorm niet kan opleggen, wanneer die notariële vorm niet vereist is om een geldige schenking te doen<sup>1123</sup>.

De notariële vorm heeft echter als voordeel dat de gezondheid van geest van de schenker door de notaris nog eens wordt nagegaan op het ogenblik van de schenking zelf, zodat er minder kans is dat de schenking wordt aangevochten op grond van artikel 901

<sup>1119</sup> Onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, nr. 241; F. REUSENS, "L'administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003", *Rev.not.b.* 2005, p. 230, voetnoot 69. Zie ook *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 43: "De beschermde persoon is in principe onbekwaam om schenkingen te doen (schenkingen en uiterste wilsbeschikkingen) als hij onder voorlopig bewind staat. De vrederechter kan hem daartoe wel *ad hoc* machtigen. De controle van de wilsgeschiktheid die hij daartoe doet, houdt ook in dat hij nagaat of de wil van de beschermde persoon niet is beïnvloed door de voorlopig bewindvoerder (of tussenpersonen). De bescherming van de art. 907 en 911 BW wordt dus hoe dan ook bereikt door de concrete beoordeling van de vrederechter. Waar nodig, blijft het voor de beschermde persoon dan ook mogelijk de voorlopig bewindvoerder of diens naasten te bevoordelen door schenking".

<sup>1120</sup> Onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152-153, nr. 241; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337. Zie ook *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 43: "De minister verklaart dat de tekst betekent dat de vrederechter zijn machtiging niet mag weigeren vanwege de inhoud van de schenking".

<sup>1121</sup> Onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, voetnoot 725; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 43, nr. 71; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 292, nr. 337; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 86; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 184, nr. 391.

<sup>1122</sup> Onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 292, nr. 337, die de kwijtschelding van schuld vermeldt.

<sup>1123</sup> Y.-H. LÉLEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 187, nr. 199; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 389.

van het Burgerlijk Wetboek<sup>1124</sup>. Wanneer de vrederechter een termijn heeft opgelegd waarbinnen men de schenking moet doen, heeft de notariële vorm ook het voordeel dat met zekerheid kan worden vastgesteld op welk ogenblik de schenking is gebeurd. Dit laatste argument heeft wel slechts een beperkte betekenis, aangezien men ook bij een onrechtstreekse schenking of een gift van hand tot hand een semi-vaste datum kan bekomen.

Net zoals het volgens mij onder de vroegere wetgeving mogelijk was voor de vrederechter om bij het testament de notariële vorm op te leggen, kan de vrederechter naar mijn mening bij de schenking dus wel de notariële vorm opleggen<sup>1125</sup>.

Men dient wel rekening te houden met het feit dat de keuze van de vorm van de schenking implicaties heeft op fiscaal vlak. Om die reden zal men bij een schenking van roerende goederen vaak niet voor een Belgische notariële akte kiezen. Het is logisch dat de vrederechter met die fiscale implicaties rekening houdt.

### § 7. Kan de vrederechter in zijn machtiging bepaalde voorwaarden opleggen?

**874.** De vraag rijst of de vrederechter het bedrag of de voorwaarden van de schenking in zijn machtiging kan aanpassen.

Volgens een aantal auteurs kan de vrederechter dat niet, omwille van het persoonlijk karakter van de schenking. De vrederechter kan bijgevolg volgens hen enkel de machtiging geven of de machtiging weigeren<sup>1126</sup>. De beschermde persoon moet bij een weigering dan maar een nieuw verzoekschrift indienen.

**875.** Over dit standpunt kan worden gediscussieerd. Als de vrederechter machtiging geeft om een schenking te doen van een lager bedrag of mits andere voorwaarden, dan is de schenking nog niet gebeurd. De vrederechter heeft daardoor de schenking niet gedaan in de plaats van de beschermde persoon en heeft dus het persoonlijk karakter van de schenking niet geschonden. Het is dan aan de beschermde persoon om te beslissen of hij de gemachtigde schenking zal doen, dan wel een nieuw verzoekschrift

<sup>1124</sup> In de zin dat de schenking nog kan worden aangevochten op grond van art. 901 BW, niettegenstaande de machtiging van de vrederechter A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 43, nr. 72; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 294, nr. 337 en voetnoot 1; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 184, nr. 392.

<sup>1125</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving E. DE WILDE D'ESTMAEL, "L'administration provisoire et la banque" in *Banque et famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 68-69.

<sup>1126</sup> Onder de vroegere wetgeving Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 186-187, nr. 199; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 293, nr. 337. Zie ook F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 389, die stelt dat de vrederechter geen inhoudelijke voorwaarden kan opleggen, doch wel de gift kan verminderen in geval van dreigende behoefte.



zal indienen bij de vrederechter. De vrederechter kan bijgevolg naar mijn mening wel voorwaarden aan de schenking verbinden<sup>1127</sup>.

**876.** Bij de schenking is het eveneens aangewezen om niet te veel tijd te laten verlopen tussen de beschikking waarbij de vrederechter de machtiging verleent en de schenking<sup>1128</sup>. De vrederechter kan een termijn opleggen<sup>1129</sup>.

De vrederechter oordeelt immers over de gezondheid van geest van de beschermde persoon en het is mogelijk dat de helderheid van geest vermindert met het verstrijken van de tijd (bv. bij een persoon met een beginnende dementie). Het is in het bijzonder nuttig om een termijn op te leggen wanneer de schenking niet notarieel gebeurt, aangezien er dan geen controle van de gezondheid van geest meer plaatsvindt door de notaris op het ogenblik van de schenking zelf. De vrederechter kan echter ook een termijn opleggen wanneer de beschermde persoon een notariële schenking wil doen.

**877.** Wanneer aan de bewindvoerder machtiging wordt gegeven om de schenking te doen in de plaats van de beschermde persoon, dan is het in principe niet nodig voor de vrederechter om een termijn op te leggen. De bewindvoerder doet er natuurlijk wel goed aan om de akte binnen een redelijke termijn te ondertekenen, om te vermijden dat de beschermde persoon overlijdt vooraleer de gemachtigde schenkingsakte is getekend.

#### § 8. Volgorde machtiging en schenking

**878.** Volgens het nieuwe artikel 905, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek kan de persoon die op grond van het nieuwe artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam is verklaard om te beschikken bij schenking onder de levenden toch beschikken “na machtiging” op zijn verzoek door de vrederechter. De bewindvoerder over de goederen kan krachtens het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek onder bepaalde voorwaarden schenken wanneer de vrederechter de bewindvoerder over de goederen een bijzondere machtiging verleent om te schenken. Pas na de machtiging kan de schenking worden gedaan.

<sup>1127</sup> Blijkbaar in dezelfde zin onder de vroegere wetgeving A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 42-43, nr. 70. Als men aanneemt, zoals SWENNEN, dat de vrederechter de omvang van de gift kan aanpassen bij dreigende behoefte, dan moet men naar mijn mening net zo goed aannemen dat de vrederechter andere maatregelen kan nemen om het risico van behoefte te vermijden.

<sup>1128</sup> In dezelfde zin A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniale familierecht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 244.

<sup>1129</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 43, nr. 70; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 37, nr. 85; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 183, nr. 389.

**879.** Ook bij de schenking is het dus van belang om de juiste volgorde in acht te nemen: eerst moet de machtiging van de vrederechter worden bekomen en dan pas kan de schenking worden gedaan. Zonder de machtiging is de beschermde persoon of de bewindvoerder niet bekwaam om een schenking te doen en de bekwaamheid wordt beoordeeld en moet aanwezig zijn op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling. Dit geldt voor elke vorm van schenking. Wil de beschermde persoon of zijn bewindvoerder een schenking doen, dan zal hij eerst de machtiging vragen en bekomen en daarna de schenking doen.

*§ 9. De beoordeling van de gezondheid van geest door de notaris*

**880.** Indien de schenking door de persoon onder bewind gebeurt in een notariële akte zal, net zoals bij het testament, de gezondheid van geest van de schenker door de notaris nog eens worden nagegaan op het ogenblik van de schenking zelf.

De schenking in een notariële akte vermindert dus de kans dat de schenking wordt aangevochten op grond van artikel 901 van het Burgerlijk Wetboek. Een schenking in een notariële akte biedt op dat vlak dus een voordeel boven de schenkingen in een andere vorm.

*§ 10. Vermeldingen in de schenkingsakte*

**881.** Net zoals bij het notarieel testament kan in de notariële schenkingsakte de vermelding worden opgenomen dat de schenking wordt gedaan ingevolge een beschikking van de vrederechter en dat de beschermde persoon, dan wel de bewindvoerder door de vrederechter werden gemachtigd tot het doen van de schenking. Een verwijzing naar de beschikking van de vrederechter waarbij machtiging wordt gegeven tot het opmaken van de notariële schenkingsakte is echter facultatief. Het ontbreken daarvan heeft geen implicaties op het vlak van de geldigheid van de schenking.

Wanneer de schenking niet gebeurt in de vorm van een notariële akte, kan in het geschrift *ad probationem* eveneens de vermelding worden opgenomen van de beschikking van de vrederechter. Ook hier heeft het ontbreken van een dergelijke vermelding echter geen invloed op de geldigheid van de schenking.

**882.** Men kan in een notariële schenkingsakte de beschikking van de vrederechter vermelden waarbij de schenker onder bewind is geplaatst, vermelden dat daaruit de onbekwaamheid voortvloeit voor de schenker om zonder machtiging van de vrederechter een schenking te doen (ofwel omdat hij algemeen onbekwaam is verklaard, ofwel omdat het doen van een schenking voorkomt in de opsomming van de rechtshandelingen waarvoor de persoon onder bewind uitdrukkelijk onbekwaam is verklaard) en dan de beschikking vermelden waarbij de vrederechter machtiging geeft aan de persoon onder bewind of aan de bewindvoerder om de schenking te doen.

**883.** Het is mogelijk om de beschikking van de vrederechter bij de schenkingsakte te voegen, maar ook dat is facultatief.

§ 11. *Onbekwaamheid tot ontvangen*

**884.** In hoofde van de bewindvoerder bestaat er een onbekwaamheid om een schenking te ontvangen van de beschermde persoon (nieuw art. 908 BW).

Hetgeen hoger werd uiteengezet betreffende het legaat kan ook worden toegepast op de schenking (*cf. supra*), met dien verstande dat bij een schenking de beoordeling van de onbekwaamheid om een schenking te ontvangen gebeurt op het ogenblik van de schenking.

### HOOFDSTUK III. ANDERE UITERSTE WILSBESCHIKKINGEN DAN HET TESTAMENT

**885.** In het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de schenking onder de levenden en het testament, wordt de contractuele erfstelling niet vermeld. Het is opvallend dat, anders dan in het vroegere artikel 488*bis*, h), § 2 van het Burgerlijk Wetboek, in het nieuwe artikel 905 niet wordt gesproken over de schenking onder de levenden en de uiterste wilsbeschikking, doch wel over de schenking onder de levenden en het testament.

De vraag die rijst, is of het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek ook van toepassing is op de contractuele erfstelling.

**886.** De contractuele erfstelling komt in het Burgerlijk Wetboek voor onder de titel “Schenkeningen onder de levenden en testamenten”. Artikel 893 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt bovendien uitdrukkelijk dat men op geen andere manier over zijn goederen om niet kan beschikken dan bij schenking onder de levenden of bij testament. Dit leidt ertoe dat de contractuele erfstelling moet worden gekwalificeerd als een schenking onder de levenden, aangezien de contractuele erfstelling een overeenkomst onder kosteloze titel is, doch zeker geen testament. Deze stelling dat de contractuele erfstelling een schenking onder de levenden is, heeft tot gevolg dat zij als schenking onder de levenden onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek valt.

**887.** Anderzijds neemt gezaghebbende rechtsleer aan dat de contractuele erfstelling geen schenking, noch een testament is, maar een overeenkomst *sui generis*<sup>1130</sup>. Als men deze opvatting volgt, kan de kwalificatie als schenking niet de reden zijn waarom de contractuele erfstelling onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek valt.

Wanneer in de rechtsleer de stelling verdedigd wordt dat de contractuele erfstelling geen schenking, noch een testament is, bedoelt men daarmee dat de contractuele erfstelling een hybride gift is<sup>1131</sup>, waar nu eens de op de schenking toepasselijke bepalingen voor gelden en dan weer de voor de testamenten geldende bepalingen<sup>1132</sup>. De contractuele erfstelling heeft met andere woorden kenmerken van een schenking en kenmerken van het testament. En zowel de schenking als het testament vallen onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek. De stelling dat de contractuele erfstelling niet echt een schenking is om deze aan de toepassing van het nieuwe artikel 905 te onttrekken, kan bijgevolg moeilijk worden verdedigd. Het feit dat de contractuele erfstelling in het Burgerlijk Wetboek voorkomt onder de titel

<sup>1130</sup> Zie o.m. H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII/2, *Les testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, p. 1768-1777, nrs. 1624-1627 en vooral p. 1768-1769, nr. 1624; M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, p. 13-18, nrs. 23-30 en vooral p. 15, nr. 26. Zie ook C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 326-327, nr. 381, die stelt dat de contractuele erfstelling “*stricto jure*” geen schenking onder de levenden is.

<sup>1131</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, p. 15, nr. 26.

<sup>1132</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, p. 15, nr. 27.

“Schenken onder de levenden en testamenten” en de bepaling van artikel 893 van het Burgerlijk Wetboek leidt tot de stelling dat de contractuele erfstelling ook als schenking onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek valt.

## HOOFDSTUK IV. HET HUWELIJKSCONTRACT EN DE WIJZIGING AAN HET HUWELIJKSVERMOGENSSTELSEL

§ 1. *Wanneer kan een persoon onder bewind een huwelijkscontract sluiten en wijzigingen aanbrengen aan zijn huwelijksvermogensstelsel?*

### A. Vroegere wetgeving

**888.** Onder de vroegere wetgeving voorzag artikel 488*bis*, h), § 3 van het Burgerlijk Wetboek dat de beschermde persoon een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel kon tekenen *met bijstand van de voorlopig bewindvoerder en na machtiging van de vrederechter*.

In bijzondere gevallen kon de vrederechter de voorlopig bewindvoerder machtigen om het huwelijkscontract of de akte wijziging te tekenen zonder tussenkomst van de beschermde persoon<sup>1133</sup>.

**889.** De beschermde persoon had de bijstand van de voorlopig bewindvoerder en de machtiging van de vrederechter nodig in alle gevallen waarin een voorlopig bewindvoerder was aangesteld, gezien de algemene formulering van artikel 488*bis*, h), § 3, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek. Dit gold voor alle personen onder voorlopig bewind, dus niet alleen voor de gevallen waarin de voorlopig bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid had bekomen. De bijstand van de voorlopig bewindvoerder en de machtiging van de vrederechter was dus ook vereist als de vrederechter bij de aanstelling van de voorlopig bewindvoerder de omvang van de machten van de voorlopig bewindvoerder had bepaald en indien de beschermde persoon daarbij wel nog onder bezwarende titel over zijn goederen kon beschikken<sup>1134</sup> (bv. in het geval dat de vrederechter de voorlopig bewindvoerder had aangeduid voor het stellen van een welbepaalde rechtshandeling of een welbepaalde categorie van rechtshandelingen).

De bijstand van de voorlopig bewindvoerder en de machtiging van de vrederechter was dus ook vereist wanneer de beschermde persoon enkel onder het voorlopig bewind was geplaatst omwille van een louter lichamelijk probleem.

<sup>1133</sup> Art. 488*bis*, h), § 3 BW: “Onverminderd § 2 is de beschermde persoon bekwaam om een huwelijkscontract aan te gaan en zijn huwelijksvermogensstelsel te wijzigen met bijstand van de voorlopige bewindvoerder, na machtiging door de vrederechter op basis van het door de notaris opgestelde ontwerp.

In bijzondere gevallen kan de vrederechter de voorlopige bewindvoerder machtigen alleen op te treden.

De rechtspleging van artikel 488*bis*, f), § 3, tweede lid, is van toepassing”.

<sup>1134</sup> *Contra*: P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 295, nrs. 338-340; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 187, nr. 397.

## B. Nieuwe wetgeving

**890.** Wanneer er een *algemene onbekwaamheid* is betreffende de rechtshandelingen en proceshandelingen met betrekking tot het vermogen van de persoon onder bewind (art. 492/5 BW; *cf. supra*) is de machtiging van de vrederechter vereist om een huwelijkscontract te sluiten of om een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel (art. 492/5, tweede lid BW)<sup>1135</sup>.

**891.** Onder de nieuwe wetgeving is de machtiging van de vrederechter eveneens vereist *wanneer de persoon onder bewind krachtens het nieuwe artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten* (nieuw art. 1397/1, eerste lid BW). Wanneer de beschermde persoon onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten, kan hij enkel een huwelijkscontract sluiten en zijn huwelijksvermogensstelsel wijzigen met machtiging van de vrederechter, echter zonder dat hij daarbij moet worden bijgestaan door de bewindvoerder (nieuw art. 1397/1, eerste lid BW).

Indien de vrederechter niet beslist tot een algemene onbekwaamheid betreffende de rechtshandelingen en proceshandelingen met betrekking tot het vermogen van de persoon onder bewind (art. 492/5 BW), is hij verplicht om in de opsomming van handelingen waarvoor de persoon onder bewind onbekwaam wordt verklaard, uitdrukkelijk uitspraak te doen over de bekwaamheid van de beschermde persoon tot het aangaan of wijzigen van een huwelijkscontract (nieuw art. 492/1, § 2, derde lid, 14° BW). Komt het sluiten van een huwelijkscontract voor in de opsomming door de vrederechter van de handelingen waarvoor de persoon onder bewind onbekwaam wordt verklaard, dan kan enkel met machtiging van de vrederechter een huwelijkscontract worden gesloten of een wijziging worden aangebracht aan het huwelijksvermogensstelsel.

**892.** Wanneer de beschermde persoon niet onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten en niet getroffen is door een algemene onbekwaamheid voor het stellen van rechtshandelingen en proceshandelingen betreffende zijn vermogen, behoeft hij niet de machtiging van de vrederechter voor het sluiten van een huwelijkscontract of voor het aanbrengen van een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

<sup>1135</sup> In het geval de te beschermen persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt op de lijst van gezondheidstoestanden opgesteld door de Koning is de algemene onbekwaamheid, wat handelingen betreffende het vermogen betreft, de regel. Het nieuwe art. 492/5, tweede lid BW bepaalt dat in dat geval “*bij gebreke van aanwijzingen in de beschikking bedoeld in artikel 492/1, § 2*”, de te beschermen persoon vertegenwoordigd wordt bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot diens goederen. Het nieuwe art. 492/5, derde lid voegt daaraan toe dat de vrederechter alsnog tot een *beoordeling op maat* kan overgaan indien hij dit noodzakelijk acht. Men doet er dus goed aan, zelfs wanneer de te beschermen persoon zich in een van de gezondheidstoestanden bevindt van de lijst van de Koning, om de beschikking van de vrederechter goed te lezen, om zeker te zijn dat er geen uitzonderingen worden voorzien op het principe van de algemene onbekwaamheid of dat er niet wordt afgeweken van het principe van de algemene onbekwaamheid. Het is op grond van het nieuwe art. 492/5, tweede en derde lid BW theoretisch denkbaar dat de persoon onder bewind toch nog bekwaam wordt geacht om een huwelijkscontract te sluiten of om wijzigingen aan te brengen aan zijn huwelijksvermogensstelsel.

**893.** In bijzondere gevallen kan de vrederechter de bewindvoerder machtigen om alleen op te treden (nieuw art. 1397/1, derde lid BW) en dus de bewindvoerder machtigen om zelf in naam en voor rekening van de beschermde persoon het huwelijkscontract of de akte wijziging te tekenen zonder tussenkomst van de beschermde persoon. In de tekst van de wet is er net zoals vroeger sprake van “bijzondere gevallen” (nieuw art. 1397/1, derde lid BW). De vraag rees onder de vroegere wetgeving wanneer er sprake is van bijzondere gevallen. Dezelfde vraag stelt zich onder de nieuwe wetgeving.

**894.** Thans voorziet het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek dat de vrederechter in bijzondere gevallen de bewindvoerder eveneens kan toestaan om de beschermde persoon bij te staan. Die bijstand is niet meer de regel, maar kan wel nog door de vrederechter worden opgelegd. De vraag rijst of in het geval van bijstand door de bewindvoerder de vrederechter enkel de bewindvoerder moet machtigen om de persoon onder bewind bij te staan voor de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel (op verzoek van de bewindvoerder), dan wel of de persoon onder bewind in deze hypothese eveneens moet worden gemachtigd om het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te tekenen (op verzoek van de persoon onder bewind). Of zal de vrederechter op verzoek van de beschermde persoon eventueel deze laatste machtigen om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen met bijstand van de bewindvoerder?

**895.** Er zijn dus onder de nieuwe wetgeving drie mogelijkheden voor de ondertekening van een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel indien de persoon onder bewind onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract te sluiten:

- het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de persoon onder bewind alleen;
- het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de bewindvoerder alleen;
- het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de persoon onder bewind met bijstand van de bewindvoerder.

## § 2. Wie vraagt de machtiging aan de vrederechter?

### A. Vroegere wetgeving

**896.** Uit de vroegere wetgeving bleek niet duidelijk wie het verzoekschrift kon indienen, de beschermde persoon zelf of de voorlopig bewindvoerder. Op grond van de algemene regel dat de voorlopig bewindvoerder met een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid de beschermde persoon vertegenwoordigde bij alle rechtshandelingen en procedures als eiser en als verweerder, kon de voorlopig bewindvoerder het verzoekschrift indienen<sup>1136</sup>. Dat de voorlopig bewindvoerder het verzoekschrift kon

<sup>1136</sup> In de zin dat de voorlopig bewindvoerder het verzoekschrift kon indienen T. DELAHAYE en C. CASTE-LEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Lar-



indienen was ook logisch omdat de mogelijkheid bestond voor de voorlopig bewindvoerder om de beschermde persoon te vertegenwoordigen bij de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging. Omdat de beschermde persoon in principe zelf optrad bij het huwelijkscontract of de akte wijziging (met bijstand van de voorlopig bewindvoerder) en omwille van het in beginsel persoonlijke karakter van de akte, werd het standpunt verdedigd dat het ook voor de beschermde persoon mogelijk was om dit verzoekschrift zelf in te dienen<sup>1137</sup>.

**897.** Het Burgerlijk Wetboek bepaalde niet uitdrukkelijk dat het verzoekschrift kon worden ondertekend door de verzoeker zelf en niet moest worden ondertekend door een advocaat. Het was anders voor het verzoekschrift tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder, waar artikel 488*bis*, b), § 5, tweede lid van het Burgerlijk uitdrukkelijk bepaalde dat het verzoekschrift kon worden ondertekend door de verzoeker zelf. Het was ook anders voor het verzoekschrift tot het bekomen van machtiging voor een schenking of een uiterste wilsbeschikking, waar artikel 488*bis*, h), § 2, derde lid van het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk de mogelijkheid van ondertekening door de verzoeker zelf voorzag. Artikel 1026 *et seq.* van het Gerechtelijk Wetboek werd onder de vroegere wetgeving echter niet van toepassing geacht op het verzoekschrift tot het bekomen van machtiging voor de ondertekening van een huwelijkscontract of een akte wijziging, zodat de artikelen 1026, 5° en 1027 van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing waren. Men nam dan ook aan dat het verzoekschrift niet moest worden ondertekend door een advocaat<sup>1138</sup>.

## B. Nieuwe wetgeving

### 1. Inleiding

**898.** Er zijn onder de nieuwe wetgeving drie mogelijkheden voor de ondertekening van een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wanneer een van de partijen onder bewind staat en onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten.

cier, 2007, p. 157, nr. 248; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 45, nr. 78; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42, nr. 95.

<sup>1137</sup> In de zin dat de beschermde persoon het verzoekschrift kon indienen C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 333, nr. 387; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340.

<sup>1138</sup> In de zin dat het verzoekschrift niet moest worden ondertekend door een advocaat C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 333, nr. 387.

2. Eerste hypothese: het huwelijkscontract of de akte wijziging wordt getekend door de persoon onder bewind zonder bijstand van de bewindvoerder

**899.** Een eerste mogelijkheid is dat het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de persoon onder bewind alleen.

De vrederechter machtigt in dat geval de persoon onder bewind om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen op verzoek van de beschermde persoon. Het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat de beschermde persoon een huwelijkscontract kan aangaan en zijn huwelijksvermogensstelsel kan wijzigen “na hiertoe, *op zijn verzoek*, te zijn gemachtigd door de vrederechter”.

3. Tweede hypothese: het huwelijkscontract of de akte wijziging wordt getekend door de bewindvoerder

**900.** Een tweede mogelijkheid is dat het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de bewindvoerder alleen. Het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat in bijzondere gevallen de vrederechter de bewindvoerder kan machtigen om alleen op te treden.

Wanneer de vrederechter de bewindvoerder machtigt om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen, lijkt het logisch dat die machtiging wordt verleend op verzoek van de bewindvoerder.

4. Derde hypothese: het huwelijkscontract of de akte wijziging wordt getekend door de persoon onder bewind met bijstand van de bewindvoerder

**901.** De derde mogelijkheid is dat het huwelijkscontract wordt gesloten en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend door de persoon onder bewind met bijstand van de bewindvoerder.

Volgens het derde lid van het nieuwe artikel 1397/1 kan de vrederechter de bewindvoerder in bijzondere gevallen toestaan om de persoon onder bewind bij te staan bij het sluiten van het huwelijkscontract of de ondertekening van de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

Wanneer de vrederechter de bewindvoerder machtigt om de persoon onder bewind bij te staan bij het sluiten van een huwelijkscontract of het ondertekenen van een akte wijziging, lijkt het opnieuw logisch dat die machtiging wordt verleend op verzoek van de bewindvoerder aan wie dit wordt toegestaan.

Het probleem is dat daarmee de persoon onder bewind nog niet is gemachtigd om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstel-

sel te ondertekenen. De vrederechter heeft dan wel krachtens het derde lid van het nieuwe artikel 1397/1 de bewindvoerder toegestaan om de persoon onder bewind bij te staan bij de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel. Daarmee is de persoon onder bewind zelf echter nog niet gemachtigd om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen (met bijstand van de bewindvoerder).

Als men strikt redeneert, lijkt het dat er in een dergelijk geval zowel een verzoekschrift moet worden ingediend door de persoon onder bewind om de machtiging te bekomen om het huwelijkscontract of de akte wijziging te ondertekenen, als een verzoekschrift door de bewindvoerder om de toestemming van de vrederechter te bekomen om daarbij bijstand te verlenen.

**902.** Wellicht kan de vrederechter de persoon onder bewind echter ook op zijn verzoek machtigen om het huwelijkscontract te sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen met bijstand van de bewindvoerder, wanneer de persoon onder bewind een verzoek indient tot het bekomen van machtiging om een huwelijkscontract of een akte wijziging te ondertekenen. Het is degene die de rechtshandeling wil stellen, die het verzoek daartoe moet richten aan de vrederechter, *in casu* de persoon onder bewind. En de vrederechter kan dan over dit verzoek beslissen en daarbij zijn voorwaarden opleggen, zoals de voorwaarde dat de persoon onder bewind wordt bijgestaan door de bewindvoerder.

5. Het verzoekschrift kan worden getekend door de verzoeker zelf en niet noodzakelijk door zijn advocaat

**903.** Onder de nieuwe wetgeving is het duidelijk dat het verzoekschrift kan worden ondertekend door de verzoeker zelf en dus niet noodzakelijk moet worden ondertekend door zijn advocaat (nieuw art. 1246, § 2, tweede lid Ger.W., van toepassing ingevolge het nieuwe art. 1397/1, tweede lid BW)<sup>1139</sup>.

§ 3. *Wie tekent het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel?*

#### A. Principe

**904.** Onder de vroegere wetgeving werd het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel ondertekend door de persoon onder bewind met bijstand van zijn bewindvoerder (*cf. supra*).

<sup>1139</sup> De art. 1026, 5° en 1027, tweede lid Ger.W. bepalen dat het verzoekschrift moet worden ondertekend en ingediend door een advocaat, doch art. 1026, 5° en art. 1027, tweede lid Ger.W. laten toe dat de wetgever daarvan kan afwijken en dus kan voorzien dat het verzoekschrift niet moet worden getekend en ingediend door een advocaat, maar kan worden getekend en ingediend door de verzoeker zelf.

Onder de nieuwe wetgeving is het principe dat het huwelijkscontract wordt gesloten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt ondertekend door de persoon onder bewind, zonder dat deze laatste moet worden bijgestaan door de bewindvoerder (nieuw art. 1397/1, eerste lid BW).

## B. Uitzondering

### 1. De bewindvoerder tekent

#### – *Inleiding*

**905.** In bijzondere gevallen kan de vrederechter de bewindvoerder echter machtigen om alleen op te treden (nieuw art. 1397/1, derde lid BW).

**906.** Dezelfde mogelijkheid voor de bewindvoerder om “in bijzondere gevallen” gemachtigd te worden door de vrederechter tot ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging kwam voor onder de vroegere wetgeving (zie het vroegere art. 488*bis*, h), § 3, tweede lid BW).

De tekst van de vroegere wetgeving luidt hetzelfde als de tekst van de nieuwe wetgeving. Het vroegere artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek luidde als volgt: “In bijzondere gevallen kan de vrederechter de voorlopige bewindvoerder machtigen alleen op te treden”. De huidige tekst van het artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt: “In bijzondere gevallen kan de vrederechter de bewindvoerder machtigen alleen op te treden ...”.

**907.** De vraag rijst wanneer er sprake is van bijzondere gevallen.

Aangezien de tekst van de wet exact dezelfde is gebleven, is het nuttig om de betekenis te bekijken die onder de vroegere wetgeving werd gegeven aan de betekenis van de woorden “in bijzondere gevallen”.

#### – *De betekenis van de woorden “in bijzondere gevallen” onder de vroegere wetgeving*

a. Beperkende interpretatie verdedigd door bepaalde rechtsleer ten tijde van het regime van het voorlopig bewind

**908.** Artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek werd in bepaalde rechtsleer beperkend geïnterpreteerd, namelijk in de zin dat de voorlopig bewindvoerder enkel kon worden gemachtigd om alleen op te treden wanneer de beschermde persoon materieel niet in staat was om te tekenen, terwijl hij intellectueel nog in staat was om zijn wil te kennen te geven. Volgens die rechtsleer moest ook in dat geval de beschermde persoon zijn toestemming geven<sup>1140</sup>.

<sup>1140</sup> In die zin A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 83;

Deze interpretatie hield in dat de voorlopig bewindvoerder nooit een huwelijkscontract kon sluiten of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel kon tekenen wanneer de beschermde persoon niet wilsgeschikt was.

b. Argument voor deze beperkende interpretatie in de parlementaire voorbereiding

**909.** Deze beperkende interpretatie steunde men op de parlementaire voorbereiding, meer bepaald op de verklaring van de minister “dat de vrederechter de voorlopig bewindvoerder alleen dan kan machtigen om alleen op te treden als de onbekwame materieel niet in staat is om te tekenen, terwijl hij intellectueel nog in staat is om zijn wil te kennen te geven”<sup>1141</sup>. Deze uitspraak van de minister kwam er eigenlijk op neer dat de voorlopig bewindvoerder enkel kon tussenkomen om zijn handtekening te zetten, wanneer de beschermde persoon niet kon tekenen.

c. Argument contra deze beperkende interpretatie: het overbodig karakter van de bepaling

**910.** Een dergelijke interpretatie van artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek maakte deze bepaling eigenlijk zinloos<sup>1142</sup>, omdat de Organieke Wet Notariaat de mogelijkheid reeds voorziet om notariële akten te verlijden niettegenstaande een van de partijen niet in staat is om te ondertekenen of niet kan ondertekenen. De notariële akte kan dan immers worden verleden met bijstand van twee getuigen of voor twee notarissen (art. 10, eerste lid, 2° en art. 14, tweede lid Organieke Wet Notariaat)<sup>1143</sup>. In deze interpretatie wilde artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid een oplossing bieden aan een probleem waarvoor al een oplossing bestond.

Deze beperkende interpretatie ontnam dus elke betekenis aan artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek en kon naar mijn mening daarom niet worden aanvaard<sup>1144</sup>.

W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43-44, nr. 100.

<sup>1141</sup> *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 44: “De minister verduidelijkt dat de vrederechter de voorlopig bewindvoerder alleen dan kan machtigen om alleen op te treden als de onbekwame materieel niet in staat is om te tekenen, terwijl hij intellectueel nog in staat is om zijn wil te kennen te geven”.

<sup>1142</sup> P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 296, nrs. 338-340. Ook PINTENS, die de beperkende interpretatie verdedigde, stelde vast dat de bepaling van art. 488*bis*, h), § 3, tweede lid in die zin begrepen dus overbodig was (W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 44, nr. 100).

<sup>1143</sup> Zie hierover ook C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 29, nr. 32 en p. 64, nr. 77.

<sup>1144</sup> Zie J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind” in C. ENGELS en P. LECOCQ (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, p. 87-90, nrs. 167-173. Zie ook T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier,

d. Argumenten *contra* deze beperkende interpretatie in de parlementaire voorbereiding

**911.** De vraag rijst of de stelling dat de voorlopig bewindvoerder enkel kon tekenen in de plaats van de beschermde persoon in geval van louter fysieke onbekwaamheid van deze laatste, kon worden gesteund op de tekst van het tweede lid van artikel 488*bis*, h), § 3, dat de vrederechter enkel *in bijzondere gevallen* de voorlopig bewindvoerder kon machtigen om alleen op te treden.

Wat met “bijzondere gevallen” werd bedoeld, was inderdaad allerminst duidelijk, zoals ook tijdens de parlementaire voorbereiding werd vastgesteld<sup>1145</sup>. Daarmee kon men de door de minister voorgestelde interpretatie echter niet verantwoorden, omdat die elke betekenis ontnam aan de bepaling.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd door mevrouw DE SCHAMPHELAE-RE bovendien een subamendement op het amendement nummer 103 ingediend, om te verduidelijken dat met “bijzondere gevallen” enkel het geval van het fysieke onvermogen van de onbekwame persoon bedoeld wordt. Zij stelde voor om de tweede zin van artikel 488*bis*, h), § 3 te vervangen door volgende tekst: “In bijzondere gevallen van fysieke onmogelijkheid kan de vrederechter, na van de voorlopig bewindvoerder een medische verklaring dienaangaande te hebben ontvangen die niet meer dan 15 dagen oud is, de voorlopig bewindvoerder machtigen alleen op te treden”<sup>1146</sup>. Haar voorstel werd echter niet gevolgd, wat meteen ook aantoont dat de wetgever niet de bedoeling had om een dergelijke beperkte interpretatie te geven aan artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek.

e. Besluit onder het regime van het voorlopig bewind

**912.** Naar mijn mening moest men de woorden “in bijzondere gevallen” in artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid interpreteren in de zin dat het principe was dat de beschermde persoon het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel tekende met bijstand van de voorlopig bewindvoerder, wanneer de beschermde persoon een geldige toestemming kon geven. In het bijzonder geval dat de beschermde persoon de draagwijdte van zijn handelingen niet meer voldoende beseftte om een geldige toestemming te geven, kon naar mijn mening de voorlopig bewindvoerder het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel tekenen.

De beperkende interpretatie in de zin dat de voorlopig bewindvoerder enkel kon worden gemachtigd om alleen op te treden wanneer de beschermde persoon materieel niet in staat was om te tekenen, terwijl hij intellectueel nog in staat was om zijn

2007, p. 158, nr. 248, die vaststelden dat de beperkende interpretatie van het begrip “bijzondere gevallen” niet als dusdanig in de wet was opgenomen.

<sup>1145</sup> *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 44.

<sup>1146</sup> *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 15-16. Zie ook haar tussenkomst in *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 44.

wil te kennen te geven, kon naar mijn mening bijgevolg niet worden gevolgd. Het tweede lid van paragraaf 3 van artikel 488*bis*, h) was juist bestemd voor het geval dat het wilsvermogen van de beschermde persoon dermate was aangetast dat hij niet meer persoonlijk met bijstand van de voorlopig bewindvoerder kon optreden<sup>1147</sup>.

**913.** Sommige auteurs riepen tegen deze stelling het persoonlijk karakter van het huwelijkscontract en de akte wijziging in<sup>1148</sup>, doch ik zag niet in waarom de wetgever daarvan niet zou kunnen afwijken.

Aldus kon naar mijn mening een huwelijkscontract worden getekend en kon een wijziging worden aangebracht aan het huwelijksvermogensstelsel zonder dat de beschermde persoon over een voldoende vrije en bewuste wil beschikte<sup>1149</sup>.

**– De betekenis van de woorden “in bijzondere gevallen” onder de nieuwe wetgeving**

a. Eerste argument *contra* de beperkende interpretatie onder het regime van het bewind

**914.** De parlementaire voorbereiding tot de wet van 17 maart 2013 en tot de amendering van deze wet biedt geen verdere verduidelijking over de betekenis van de woorden “in bijzondere gevallen”.

Dit kan als een bijkomend argument tegen de beperkende interpretatie worden ingeroepen. Men mag aannemen dat de wetgever op de hoogte was van de discussie in de rechtsleer en in het bijzonder van het overbodig karakter van de bepaling van het vroegere artikel 488*bis*, h), § 3, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek in de beperkende

<sup>1147</sup> In die zin A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 245.

<sup>1148</sup> F. REUSENS, “L’administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003”, *Rev.not.b.* 2005, p. 232, nr. 3.5. Dat men de beslissing om een huwelijkscontract te sluiten of om een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel aan te brengen in ons recht in principe als een wezenlijk persoonlijk te nemen beslissing aanziet, komt ook tot uiting in de stelling dat de volmacht voor een huwelijkscontract of voor een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel bijzonder moet zijn (P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 302, nr. 627) en volgens sommige auteurs zelfs alle bepalingen van het huwelijkscontract of de akte wijziging moet bevatten (in die zin C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 662, nr. 773). Volgens REUSENS kan men voor de ondertekening van een huwelijkscontract of akte wijziging aan een huwelijksvermogensstelsel zelfs in het geheel niet worden vertegenwoordigd (F. REUSENS, “L’administration provisoire revue et corrigée: aperçu des nouvelles dispositions introduites par la loi du 3 mai 2003”, *Rev.not.b.* 2005, p. 232, nr. 3.5).

<sup>1149</sup> In dezelfde zin P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 296, nrs. 338-340; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 191, nr. 402; A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 245.

interpretatie. Het feit dat de bepaling in het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek werd hernomen, kan als een bijkomend argument voor de stelling worden beschouwd dat de regel dat de bewindvoerder in bijzondere gevallen alleen kan optreden niet kan worden beperkt tot de hypothese dat de beschermde persoon zijn handtekening niet meer kan plaatsen ingevolge een fysisch probleem.

b. Tweede argument *contra* de beperkende interpretatie onder het regime van het bewind

**915.** Daarenboven kan het feit dat het nieuwe artikel 1250 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing wordt geacht wanneer de machtiging wordt gevraagd tot ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging door de bewindvoerder zelf, als een argument voor de stelling worden beschouwd dat de wetgever wel degelijk de hypothese voor ogen had dat de persoon onder bewind niet meer wilsbekwaam is om zelf het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen.

Artikel 1250, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek voorziet 1° de hypothese dat de beschermde persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt in de door de Koning opgestelde lijst bedoeld in het nieuwe artikel 492/5, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek (de door de Koning opgestelde lijst van de gezondheidstoestanden die geacht worden op een ernstige en aanhoudende wijze het vermogen aan te tasten van de te beschermen persoon om zijn belangen van vermogensrechtelijke aard behoorlijk waar te nemen, zelfs met behulp van bijstand), evenals 2° de hypothese dat de vrederechter op grond van feitelijke elementen van oordeel is dat de beschermde persoon niet in staat is om zijn mening te kennen te geven. In dat geval moet de vrederechter niet de mening van de beschermde persoon vragen.

Het feit dat dit artikel van toepassing wordt geacht, wijst erop dat de bewindvoerder een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel kan ondertekenen met machtiging van de vrederechter, ook wanneer de persoon onder bewind niet meer wilsbekwaam is.

2. De persoon onder bewind tekent met bijstand van de bewindvoerder

**916.** Een derde mogelijkheid is dat de persoon onder bewind het huwelijkscontract of de akte wijziging tekent met bijstand van de bewindvoerder (nieuw art. 1397/1, tweede lid BW)<sup>1150</sup>.

Men mag aannemen dat in deze hypothese de persoon onder bewind wilsbekwaam moet zijn.

<sup>1150</sup> Zie voor een model van clause (onder de vroegere wetgeving) voor het geval dat de beschermde persoon optreedt met bijstand van de voorlopig bewindvoerder C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 327, nr. 382.



#### § 4. Procedure

**917.** De artikelen 1241 en 1246 van het Gerechtelijk Wetboek zijn van toepassing indien de persoon onder bewind de machtiging wil bekomen tot het sluiten van een huwelijkscontract of de ondertekening van een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel (nieuw art. 1397/1, tweede lid BW).

In dit verband kan worden verwezen naar de uiteenzetting inzake het testament (*cf. supra*).

**918.** Indien de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel gebeurt door of met bijstand van de bewindvoerder, is de door het nieuwe artikel 1250 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalde rechtspleging van toepassing (nieuw art. 1397/1, derde lid BW).

**919.** Het nieuwe artikel 1250 van het Gerechtelijk Wetboek verklaart het nieuwe artikel 1246, § 2 van toepassing (nieuw art. 1250, eerste lid Ger.W.). Artikel 1250, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek voorziet (in afwijking van het nieuwe art. 1246, § 2) de hypothese dat de beschermde persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt in de lijst bedoeld in het nieuwe artikel 492/5, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek of dat de vrederechter op grond van feitelijke elementen van oordeel is dat de beschermde persoon niet in staat is om zijn mening te kennen te geven. In dat geval moet de vrederechter niet de mening van de beschermde persoon vragen.

#### § 5. Waarmee houdt de vrederechter rekening bij zijn beoordeling?

##### A. De beoordeling van de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon

**920.** Artikel 905, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek voorziet inzake de testamenten en de schenkingen onder de levenden dat de vrederechter oordeelt over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon.

Hoewel dit niet uitdrukkelijk herhaald wordt in artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek inzake het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, is het duidelijk dat de persoon onder bewind wilsbekwaam moet zijn of m.a.w. over een voldoende vrije en bewuste wil moet beschikken, indien hij het huwelijkscontract zelf sluit of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel zelf tekent. De beschermde persoon moet een geldige toestemming kunnen geven en moet bij de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging de draagwijdte van de rechtshandeling voldoende beseffen.

Dit is ook zo in het geval de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging door de beschermde persoon gebeurt met bijstand van de bewindvoerder.

**921.** De persoon onder bewind moet echter niet wilsbekwaam zijn wanneer “in bijzondere gevallen” de bewindvoerder alleen optreedt met machtiging van de vrederechter (*cf. supra*).

## B. De inhoud van de akte

### 1. Machtiging *in concreto*

**922.** Bij het verzoekschrift tot machtiging moet een door een notaris opgesteld ontwerp van het huwelijkscontract of de akte wijziging worden gevoegd. In artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, dat de hypothese betreft dat de beschermde persoon zelf ondertekent, wordt bepaald dat de machtiging gebeurt op verzoek van de beschermde persoon “op basis van het door de notaris opgestelde ontwerp”. In artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek, dat de hypothese betreft van ondertekening door de bewindvoerder of met bijstand van de bewindvoerder, wordt bepaald dat bij het verzoekschrift een kopie moet worden gevoegd van de notariële ontwerpakte.

**923.** Het is dus duidelijk dat de inhoud van de akte een rol speelt bij de beoordeling door de vrederechter over het al of niet geven van machtiging tot ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

De vrederechter zal de beschermde persoon (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder) of de bewindvoerder machtigen om het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen overeenkomstig het voorgelegde ontwerp van huwelijkscontract of het voorgelegde ontwerp van akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, gevoegd bij het verzoekschrift. De vrederechter machtigt de beschermde persoon of de bewindvoerder om die welbepaalde akte te ondertekenen en machtigt dus *in concreto*<sup>1151</sup>.

### 2. De wetgever reikt geen criteria aan voor de beoordeling door de vrederechter

**924.** Anders dan bij de schenking worden er echter geen criteria aangereikt aan de vrederechter op basis waarvan hij de machtiging al dan niet zal geven.

Bij de beoordeling van de inhoud van de geplande schenking daarentegen zal de vrederechter nagaan of de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking al dan niet behoeftig dreigen te worden. Een dergelijke duidelijke regel komt niet voor inzake de machtiging tot de ondertekening van een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

**925.** Onder de vroegere wetgeving stelde men dat de vrederechter bij de beoordeling van de inhoud van het geplande huwelijkscontract of de geplande akte wijziging diende na te gaan of de belangen van de beschermde persoon niet (al te zeer) wor-

<sup>1151</sup> Dit was ook het geval onder de vroegere wetgeving. Zie A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003” in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 79; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42, nr. 96.

den geschaad in het voorgestelde ontwerp<sup>1152</sup>. De vrederechter diende ook na te gaan of de persoon onder voorlopig bewind de draagwijdte besefte van de voorgenomen rechtshandeling en een geldige toestemming kon geven<sup>1153</sup>, indien men voorzag dat de beschermde persoon zelf zou optreden, al dan niet met bijstand van de bewindvoerder.

De vrederechter kon onder het regime van het voorlopig bewind de machtiging eveneens weigeren indien het ontwerp van de akte bepalingen bevatte die strijdig waren met de openbare orde of de goede zeden of die strijdig waren met dwingende wettelijke bepalingen<sup>1154, 1155</sup>.

3. De hypothese dat de beschermde persoon geen geldige toestemming kan geven

**926.** Men stelde onder de vroegere wetgeving in de rechtsleer dat de vrederechter niet zal oordelen over de opportuniteit van het huwelijkscontract of de akte wijziging<sup>1156</sup>.

Naar mijn mening moet echter thans onder het regime van het bewind een onderscheid worden gemaakt: wanneer de beschermde persoon een geldige toestemming kan geven, is de appreciatiemarge voor de vrederechter beperkt. De vrederechter moet de keuze van de beschermde persoon in principe eerbiedigen<sup>1157</sup>.

<sup>1152</sup> Zie onder de vroegere wetgeving A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 79; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42, nr. 96; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 188, nr. 399.

<sup>1153</sup> Zie onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340.

<sup>1154</sup> In de zin dat (onder de vroegere wetgeving) de vrederechter de wettelijkheid beoordeelt van het voorgelegde ontwerp van akte T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 157, nr. 248; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 188, nr. 399.

<sup>1155</sup> *Contra* (onder de vroegere wetgeving) en dus in de zin dat de vrederechter de wettelijkheid van het voorgelegde ontwerp niet beoordeelt P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340.

<sup>1156</sup> T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 157, nr. 248. In de zin dat de vrederechter zich niet mag uitspreken over het gekozen stelsel A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 79; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340.

<sup>1157</sup> Zie ook W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42, nr. 96, die stelt dat de vrederechter zich niet kan uitspreken over de eigenlijke keuze en geen principiële voorkeur mag uiten voor een gemeenschapsstelsel of voor een stelsel van scheiding van goederen.

Zal de beschermde persoon bij de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging vertegenwoordigd worden door de bewindvoerder (omdat de beschermde persoon geen geldige toestemming kan geven), dan zal de beoordelingsmarge voor de vrederechter groter zijn. De vrederechter zal de machtiging in principe weigeren als de voorgenomen rechtshandeling *niet in het belang is van de persoon onder bewind*, met andere woorden als het voorgestelde ontwerp nadeliger is voor de beschermde persoon dan het door de wet voorziene huwelijksvermogensstelsel of dan het bestaande conventionele huwelijksvermogensstelsel.

Niets belet de vrederechter echter om niet alleen rekening te houden met de belangen van de persoon onder bewind, doch ook rekening te houden met andere belangen, zoals die van de echtgenoot of echtgenote of de belangen van de kinderen. Het is dus naar mijn mening mogelijk voor de vrederechter om een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te machtigen die kadert in een fiscale successieplanning, zelfs als dit strikt gezien niet het meest in het belang is van de persoon onder bewind zelf. De vrederechter mag dus naar mijn mening rekening houden met de belangen van alle betrokkenen. Wel is het duidelijk dat de akte waarvoor de machtiging wordt gevraagd geen al te groot nadeel mag berokkenen aan de persoon onder bewind. In elk geval zal, naar analogie met de schenking, een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel niet tot gevolg mogen hebben dat de persoon onder bewind dreigt behoeftig te worden.

Wanneer de persoon onder bewind niet meer zelf een geldige toestemming kan geven, zou ik als basisprincipe vooropstellen dat het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, waarvoor de vrederechter machtiging geeft, *geen afbreuk mogen doen aan de levensstandaard van de persoon onder bewind*.

#### 4. De hypothese dat de beschermde persoon wel een geldige toestemming kan geven

**927.** Wanneer de beschermde persoon een geldige toestemming kan geven en het huwelijkscontract of de akte wijziging zal tekenen (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder), zal de beoordeling door de vrederechter echter anders moeten zijn.

In principe is de persoon onder bewind, die gemachtigd wordt om zelf een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel, wilsbekwaam. Het lijkt dan ook logisch dat de persoon onder bewind vrij de inhoud van het huwelijkscontract of de akte wijziging kan bepalen.

Het feit dat, ook wanneer de persoon onder bewind wilsbekwaam is, bij het verzoekschrift tot machtiging een door een notaris opgesteld ontwerp van het huwelijkscontract of de akte wijziging moet worden gevoegd, betekent echter dat de vrederechter bij het al dan niet geven van zijn machtiging de inhoud van het huwelijkscontract of de akte wijziging beoordeelt. Daarenboven: wanneer de persoon onder bewind wilsbekwaam wordt bevonden om een schenking te doen, zou men dezelfde redenering logischerwijze moeten kunnen maken, namelijk dat het logisch is dat de persoon onder bewind dan vrij de inhoud van de schenking kan bepalen. De vrederechter mag bij de schenking echter de machtiging weigeren wanneer de persoon onder bewind of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking dreigen behoeftig te worden.

**928.** Inzake het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel kan men aanknopen bij de rechtsleer onder het vroegere regime van het voorlopig bewind, die stelde dat de vrederechter bij de beoordeling van de inhoud van het geplande huwelijkscontract of de geplande akte wijziging diende na te gaan of de belangen van de beschermde persoon niet (al te zeer) werden geschaad in het voorgestelde ontwerp (*cf. supra*).

De vrederechter kon de machtiging eveneens weigeren indien het ontwerp van de akte bepalingen bevatte die strijdig waren met de openbare orde of de goede zeden of die strijdig waren met dwingende wettelijke bepalingen (*cf. supra*).

**929.** De vraag is echter wanneer de belangen van de beschermde persoon al te zeer geschonden zijn, met andere woorden waar men juist de grens moet trekken.

Er is geen duidelijk criterium voor de beoordeling, anders dan bij de schenking. Men kan zich echter wel laten inspireren door het bij de schenking vooropgestelde criterium. De vrederechter kan de machtiging tot de schenking weigeren indien de beschermde persoon en zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking behoeftig dreigen te worden (nieuw art. 905, vijfde lid BW; *cf. supra*). Vertaald naar het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel betekent dit dan dat de vrederechter de machtiging van de schenking kan weigeren wanneer de wils geschikte beschermde persoon en zijn onderhoudsgerechtigden door het huwelijkscontract of de akte wijziging behoeftig dreigen te worden. De appreciatiemarge voor de vrederechter is dus bij de schenking zeer beperkt. Bij het huwelijkscontract en de akte wijziging kan men naar analogie redeneren. De persoon onder bewind heeft het recht om het stelsel te kiezen en de afwijkingen op het gekozen stelsel en de vrederechter kan de machtiging weigeren indien er een risico is dat de persoon onder bewind of zijn onderhoudsgerechtigden door zijn keuze behoeftig dreigen te worden.

Alleen betwijfel ik of men de redenering naar analogie kan doortrekken naar de onderhoudsgerechtigden van de persoon onder bewind in de context van het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

Wanneer de persoon onder bewind wel nog zelf een geldige toestemming kan geven, zou ik als basisprincipe vooropstellen dat het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, waarvoor de vrederechter machtiging geeft, niet de beschermde persoon behoeftig mag dreigen te maken.

**930.** Wanneer de beschermde persoon een geldige toestemming kan geven, zal de vrederechter dus nooit de machtiging weigeren betreffende de bedingen die slechts bij het overlijden van de beschermde persoon uitwerking zullen hebben, zoals een verblijvingsbeding, een beding van ongelijke verdeling, een beding van vooruitmaking of een keuzebeding. Omdat deze bedingen slechts uitwerking zullen krijgen bij het overlijden van de beschermde persoon, kunnen ze de beschermde persoon niet schaden<sup>1158</sup>.

<sup>1158</sup> Zie onder de vroegere wetgeving ook W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42, nr. 96.

Het voorgaande geldt uiteraard slechts in zoverre deze bedingen betrekking hebben op het overlijden van de persoon onder bewind. Dit geldt niet voor de bedingen die uitwerking krijgen bij het overlijden van de echtgenoot of echtgenote van de persoon onder bewind. Wanneer bijvoorbeeld oorspronkelijk voorzien was dat de persoon onder bewind het volledige gemeenschappelijk vermogen zou verkrijgen bij het overlijden van zijn echtgenoot of echtgenote en men dit verblijvingsbeding afschaft, gaat het wel degelijk om een wijziging die een impact kan hebben op de levensstandaard van de persoon onder bewind na het overlijden van zijn echtgenoot of echtgenote.

*§ 6. De vorm van het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel*

**931.** Anders dan bij de schenking of het testament, is er geen keuze wat de vorm betreft van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel. Er is steeds een notariële akte vereist (art. 1392 BW), zowel voor personen die niet onder bewind staan, als voor personen die wel onder bewind staan.

*§ 7. Kan de vrederechter in zijn machtiging bepaalde voorwaarden opleggen?*

**932.** De vraag rijst of de vrederechter de voorwaarden van het huwelijkscontract of van de akte wijziging in zijn machtiging kan aanpassen.

Volgens een aantal auteurs kan de vrederechter dat niet bij een schenking, omwille van het persoonlijk karakter van de schenking. De vrederechter kan bijgevolg volgens hen bij een schenking enkel de machtiging geven of de machtiging weigeren (*cf. supra*). De beschermde persoon moet bij een weigering dan maar een nieuw verzoekschrift indienen.

Ook een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel heeft een persoonlijk karakter. Men kan wel een volmacht geven. Bij een volmacht tot schenken moet het om een bijzondere volmacht gaan. Bij een volmacht tot het sluiten van een huwelijkscontract of tot de ondertekening van een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel moeten volgens de strengste rechtsleer alle bedingen van het huwelijkscontract of de akte wijziging in de volmacht worden opgenomen<sup>1159</sup>. Dit duidt op het persoonlijk karakter van het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

**933.** Over het hogervermelde standpunt dat de vrederechter de machtiging enkel kan geven of weigeren, kan echter worden gediscussieerd.

Om te beginnen wordt door artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek, dat de bewindvoerder toelaat om een huwelijkscontract te tekenen of om een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel, afbreuk gedaan aan het persoonlijk

<sup>1159</sup> C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, p. 915, nr. 1197.

karakter van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel. Dit persoonlijk karakter van het huwelijkscontract of van de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel moet dus worden gerelativeerd.

Daarenboven: als de vrede rechter machtiging geeft om een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel, dan is het huwelijkscontract nog niet gesloten en is het huwelijksvermogensstelsel nog niet gewijzigd. De vrede rechter heeft daardoor het huwelijkscontract niet gesloten en de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel niet doorgevoerd in de plaats van de beschermde persoon of de bewindvoerder en heeft dus het persoonlijk karakter van het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel niet geschonden. Het is dan aan de beschermde persoon of de bewindvoerder om te beslissen of hij de gemachtigde akte zal tekenen, dan wel beroep zal aantekenen, dan wel een nieuw verzoekschrift zal indienen bij de vrede rechter. De vrede rechter kan bijgevolg naar mijn mening wel voorwaarden aan het huwelijkscontract of de akte wijziging verbinden.

**934.** Ook bij het sluiten van het huwelijkscontract of bij de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel is het aangewezen om niet te veel tijd te laten verlopen tussen enerzijds de beschikking waarbij de vrede rechter de machtiging verleent en anderzijds de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, althans wanneer machtiging is verleend aan de beschermde persoon zelf om de akte te tekenen. De vrede rechter kan dus naar mijn mening, net zoals bij het testament of de schenking, een termijn opleggen wanneer hij machtiging heeft gegeven aan de beschermde persoon (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder).

De vrede rechter oordeelt immers over de aanwezigheid van een voldoende vrije en bewuste wil van de beschermde persoon en het is mogelijk dat de helderheid van geest vermindert met het verstrijken van de tijd (bv. bij een persoon met een beginnende dementie).

**935.** Wanneer aan de bewindvoerder machtiging wordt gegeven om het huwelijkscontract te sluiten in de plaats van de beschermde persoon of om de akte wijziging te tekenen, dan is het in principe niet nodig voor de vrede rechter om een termijn op te leggen. De bewindvoerder doet er natuurlijk wel goed aan om de akte binnen een redelijke termijn te ondertekenen, om te vermijden dat de beschermde persoon overlijdt vooraleer de gemachtigde akte is getekend.

#### *§ 8. Volgorde machtiging en huwelijkscontract of akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel*

**936.** Volgens het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon, die op grond van het nieuwe artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten, een huwelijkscontract aangaan en zijn huwelijksvermogensstelsel wijzigen “*na hiertoe, op zijn verzoek, te zijn gemachtigd door de vrede rechter*”.

De volgorde die men in acht moet nemen is dus duidelijk wanneer de beschermde persoon een huwelijkscontract sluit of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel tekent: eerst moet de machtiging van de vrederechter worden bekomen en dan pas kan het huwelijkscontract of de akte wijziging worden getekend.

Daarenboven, zonder de machtiging is de beschermde persoon die onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten niet bekwaam om een huwelijkscontract te sluiten of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen en de bekwaamheid wordt beoordeeld en moet aanwezig zijn op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling.

**937.** In bijzondere gevallen kan de vrederechter de bewindvoerder machtigen alleen op te treden of hem toestaan de beschermde persoon bij te staan.

De bewindvoerder over de goederen kan krachtens het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek in bijzondere gevallen een huwelijkscontract sluiten of een akte wijziging tekenen wanneer de vrederechter de bewindvoerder over de goederen een bijzondere machtiging verleent om een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel van de beschermde persoon.

Pas na de machtiging kan het huwelijkscontract worden gesloten of de akte wijziging worden getekend door de bewindvoerder. Hier blijkt minder duidelijk uit de tekst van de wet welke volgorde men moet in acht nemen. Dezelfde redenering kan hierbij echter worden gemaakt als hiervoor: 1° zonder de machtiging kan geen huwelijkscontract worden gesloten of een akte wijziging worden getekend door of voor rekening van en in naam van de beschermde persoon die onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten en 2° de bekwaamheid wordt beoordeeld en moet aanwezig zijn op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling.

**938.** Hetzelfde geldt wanneer de bewindvoerder wordt toegestaan om de beschermde persoon bij te staan bij het sluiten van het huwelijkscontract of de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

#### *§ 9. De beoordeling van de wilsbekwaamheid door de notaris*

**939.** In tegenstelling tot het nieuwe artikel 905, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek, bepaalt het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek niet uitdrukkelijk dat de vrederechter moet oordelen over de wilsbekwaamheid van de beschermde persoon.

Dit belet natuurlijk niet dat de vrederechter zal oordelen over de vraag of de persoon onder bewind wel over een voldoende vrije en bewuste wil beschikt om het huwelijkscontract te kunnen sluiten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te ondertekenen.



**940.** Dit is een beoordeling die niet alleen door de vrederechter moet worden gedaan, maar ook door de notaris op het ogenblik dat de akte wordt verleden.

De notaris moet op het ogenblik van de ondertekening van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel nagaan of de persoon onder bewind een geldige toestemming kan geven<sup>1160</sup> en zal zijn ambt weigeren indien naar zijn oordeel de beschermde persoon niet meer over een voldoende bewuste en vrije wil beschikt, niettegenstaande de vrederechter bij het geven van de machtiging een andere mening was toegeedaan.

De notaris die twijfelt, kan de beschermde persoon vragen om een (bijkomend) medisch getuigschrift voor te leggen<sup>1161</sup>.

§ 10. Vermeldingen in het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel

**941.** Net zoals bij het notarieel testament en bij de schenking kan men in de notariële akte, waarin het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt opgenomen, de vermelding opnemen dat ingevolge beschikking van de vrederechter een van de partijen bij de akte onder bewind staat (met vermelding van de datum van de beschikking en met vermelding van de vrederechter of het kanton van de vrederechter), dat ingevolge die beschikking de persoon onder bewind niet meer bekwaam is om een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel zonder machtiging van de vrederechter en dat het huwelijkscontract wordt gesloten of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt getekend ingevolge een beschikking van de vrederechter waarbij de beschermde persoon (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder), dan wel de bewindvoerder door de vrederechter werden gemachtigd tot het sluiten van het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

Een verwijzing naar de beschikking van de vrederechter waarbij deze machtiging wordt gegeven is echter facultatief. Het ontbreken daarvan heeft geen implicaties op het vlak van de geldigheid van de schenking.

Het lijkt mij wel aan te bevelen om de beschikking van de vrederechter te vermelden waarbij machtiging wordt gegeven.

<sup>1160</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 82; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43, nr. 99; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 188, nr. 399.

<sup>1161</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297, nrs. 338-340.

**942.** Het is mogelijk om de beschikking van de vrederechter bij het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te voegen, maar ook dat is facultatief.

Stukken die tot staving dienen van de notariële akte, m.a.w. de stukken die de rechtsgeldigheid van de overeenkomst of rechtshandeling moeten aantonen, zoals door de wet vereiste aanmaningen of de grosse van een vonnis in het kader van een uitvoerend beslag op onroerend goed, moeten niet aan de minuut worden gehecht wanneer die stukken in het archief van een notaris of op een griffie in origineel worden bewaard (*cf. supra*).

### *§ 11. Onbekwaamheid tot ontvangen*

**943.** De onbekwaamheid tot ontvangen, voorzien in artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek, is niet van toepassing op huwelijkscontracten of akten wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

Vooreerst is artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek, net zoals artikel 909, enkel van toepassing op schenkingen en legaten. Daaronder kan men de contractuele erfstellingen begrijpen, zelfs opgenomen in een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, maar niet de huwelijksvoordelen (alle voordelen die men uit de samenstelling, de werking, de vereffening of de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen kan verkrijgen).

Maar zelfs al gaat het om schenkingen of contractuele erfstellingen in een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, dan zijn de beschikkingen ten voordele van de echtgenoot uitgezonderd van de onbekwaamheid tot ontvangen. Artikel 909, derde lid, 3° van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dit uitdrukkelijk voor de onbekwaamheid tot ontvangen voorzien in artikel 909 (“Hiervan zijn uitgezonderd: ... 3° de beschikkingen ten voordelen van de echtgenoot”) en artikel 909, derde lid, 3° is ook van toepassing verklaard op het nieuwe artikel 908 van het Burgerlijk Wetboek ingevolge de laatste zin van het nieuwe artikel 908 (“De uitzonderingen bepaald in artikel 909, derde lid, 2° en 3° zijn van overeenkomstige toepassing”).

### *§ 12. Enkele voorbeelden van clausules in een huwelijkscontract of akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel*

#### **A. De grote wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel**

##### **1. Inleiding**

**944.** Het principe is dat de beschermde persoon het huwelijkscontract en de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel zelf tekent na machtiging door de vrederechter (nieuw art. 1397/1, eerste lid BW).

**945.** Een grote wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel<sup>1162</sup> vangt aan met het opmaken van een boedelbeschrijving (art. 1394, § 2, tweede lid BW)<sup>1163</sup>. Onder de huidige wetgeving wordt de notariële akte waarbij het huwelijksvermogensstelsel wordt gewijzigd, gevolgd door een regelingsakte, hoewel deze regelingsakte, die vroeger voorafging aan de wijzigingsakte, thans niet meer uitdrukkelijk wordt voorzien in het Burgerlijk Wetboek<sup>1164</sup>.

<sup>1162</sup> Met grote wijziging wordt de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel bedoeld die de vereffening van het vorige stelsel tot gevolg heeft.

<sup>1163</sup> Deze boedelbeschrijving moet voorafgaan aan de wijzigingsakte (zie art. 1394, § 2, eerste lid BW; A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 273, nr. 20).

<sup>1164</sup> Onder de vroegere wetgeving (van vóór 1 november 2008) voorzag men bij een grote wijziging (niet bij een middelgrote wijziging) een akte regeling van de wederzijdse rechten van de echtgenoten, waaromtrent de echtgenoten een vergelijk konden treffen (zie het vroegere art. 1394, tweede lid BW). Deze akte ging vooraf aan de akte wijziging zelf (zie het vroegere art. 1394, tweede lid BW). De regelingsakte moest de volledige en definitieve vereffening van het stelsel bevatten en het lot van de goederen op volledige en definitieve wijze vastleggen (zie voor de inhoud van de vroegere akte regeling van wederzijdse rechten H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, p. 136, nrs. 394-400 en p. 153, nrs. 447-450). Hoewel de wetgever thans geen regelingsakte meer voorziet, zal men ook onder de huidige wetgeving bij een vereffening van het vorige stelsel moeten vastleggen hoe het vorige stelsel wordt vereffend en verdeeld. Dit kan men op twee wijzen doen. Het is mogelijk om de vereffening en verdeling van het vorige stelsel op te nemen in de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel. Deze akte bevat dan twee delen: enerzijds de wijziging en anderzijds de vereffening en verdeling van het vorige stelsel (hetgeen vroeger in de regelingsakte werd opgenomen) (in dezelfde zin K. BOONE, "Wijziging van het huwelijksvermogensstelsel zonder rechterlijke homologatie. Commentaar bij de Wet van 18 juli 2008", *Notamus* 2008/2, nr. 6). Vroeger werden de wijziging huwelijksvermogensstelsel en de regeling van de wederzijdse rechten ten andere ook reeds vaak opgenomen in één akte (zie o.m. C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 555, nr. 478, die stelde dat de wijziging gewoonlijk in dezelfde akte werd opgenomen als de akte regeling van wederzijdse rechten). Men zal dan in de akte eerst de wijziging opnemen en vervolgens de vereffening en verdeling van het vorige stelsel (A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 275, nr. 28). Men kan ook twee afzonderlijke akten opmaken. De regelingsakte moet dan wel volgen op de akte wijziging, omdat de wijziging en de ontbinding van het vorige stelsel leidt tot de vereffening van het vorige stelsel. De echtgenoten kunnen hun stelsel pas vereffenen en verdelen nadat het ontbonden is (K. BOONE, "Wijziging van het huwelijksvermogensstelsel zonder rechterlijke homologatie. Commentaar bij de Wet van 18 juli 2008", *Notamus* 2008/2, voetnoot 7; A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 275, nr. 28 en p. 282, nr. 61) (anders dan vroeger dus). Tekent men op dezelfde dag de wijzigingsakte en de regelingsakte, dan kan men in iedere akte het uur vermelden waarop de akte wordt getekend, zodat de volgorde waarin de akten worden getekend vaststaat (A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 275, nr. 28). De laatste werkwijze, waarbij twee akten worden opgemaakt, geniet de voorkeur, in het bijzonder wanneer de vereffening en verdeling van het vorige stelsel omvangrijk is (in dezelfde zin A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 275, nr. 28). Als een uitgifte van de akte wijziging aan derden wordt bezorgd, krijgen ze geen inzage in de omvang en de samenstelling van het vermogen en de vereffening en verdeling daarvan. Het feit dat de wetgever de regelingsakte niet meer voorziet, betekent dat de echtgenoten dus niet verplicht zijn om onmiddellijk na de wijziging over te gaan tot vereffening en verdeling (A. SIBIET, "Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank", *NFM* 2008, p. 274, nr. 24). Het is echter aangewezen om de vereffening en verdeling onmiddellijk door te voeren. Onder meer kan het uitstellen van deze vereffening en verdeling problemen geven voor de vergoedingsplichtige echtgenoot. Vergoedingen brengen van rechtswege interest op vanaf de ontbinding van het stelsel (art. 1436, tweede lid BW), dus hier vanaf het verlijden van de

- 946.** Bij een grote wijziging rijzen volgende drie vragen:
- Wie kan optreden bij deze akten: de beschermde persoon of de bewindvoerder voor rekening van de beschermde persoon?
  - Voor welke akten moet machtiging van de vrederechter worden bekomen?
  - Welke akten moeten (al dan niet in ontwerp) bij het verzoekschrift tot machtiging worden gevoegd?

## 2. Wie tekent de akten?

**947.** Volgens het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon “zijn huwelijksvermogensstelsel wijzigen”, na machtiging door de vrederechter op basis van het door de notaris opgestelde ontwerp.

Een grote wijziging veronderstelt drie akten: de boedelbeschrijving, de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel en de regelingsakte. Ook al voorziet de wetgever niet meer uitdrukkelijk de laatste akte, toch vormt zij een essentieel onderdeel van de wijzigingsprocedure. Bij een grote wijziging, die leidt tot een vereffening van het vorige stelsel, moet men dat vorige stelsel noodzakelijkerwijze ook vereffenen. Daarbij komt dat de voorafgaande machtiging vanwege de vrederechter wordt opgelegd met de bedoeling dat de vrederechter nagaat of de belangen van de beschermde persoon niet worden geschaad. Om dat te kunnen beoordelen, is niet alleen de akte wijziging relevant, doch ook de regelingsakte. Als in de praktijk de belangen van een van de echtgenoten geschonden worden, gebeurt dit bovendien meestal in de regelingsakte en niet zozeer in de wijzigingsakte.

Om die reden kan het standpunt worden verdedigd dat de beschermde persoon bij deze drie akten in principe zelf optreedt.

**948.** Wanneer de gezondheidstoestand van de persoon onder bewind voorkomt op de lijst van gezondheidstoestanden die geacht worden op een ernstige en aanhoudende wijze het vermogen aan te tasten van de te beschermen persoon om zijn belangen van vermogensrechtelijke aard behoorlijk waar te nemen, zelfs met behulp van bijstand (nieuw art. 492/5, eerste lid BW), is een *algemene onbekwaamheid* betreffende de rechtshandelingen en proceshandelingen met betrekking tot het vermogen de regel (nieuw art. 492/5, tweede lid BW). Het principe is dan bovendien dat de persoon onder bewind *wordt vertegenwoordigd* en niet wordt bijgestaan door de bewindvoerder (nieuw art. 492/5, tweede lid BW). De bewindvoerder treedt dan op in naam en voor rekening van de beschermde persoon bij de rechtshandelingen en proceshandelingen betreffende zijn vermogen (zie het nieuwe art. 494, f) BW).

Aldus wordt bij een algemene onbekwaamheid voor de boedelbeschrijving afgeweken van de normale regel dat de bewindvoerder optreedt en wordt voor de akte die een vereffening en verdeling van het vorige stelsel inhoudt, afgeweken van de nor-

---

wijzigingsakte. Zolang het stelsel niet is vereffend en verdeeld, blijven die intresten lopen (A. SIBIET, “Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank”, *NFM* 2008, p. 274, nr. 24).

male regel dat de bewindvoerder bij een verdelingsakte optreedt voor de beschermde persoon.

**949.** Zoals hoger vastgesteld kan de vrederechter in bijzondere gevallen de bewindvoerder machtigen om alleen op te treden bij het sluiten van een huwelijkscontract of de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel (nieuw art. 1397/1, derde lid BW; *cf. supra*). Het is dus ook mogelijk dat de drie stappen van de grote wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel worden gesteld door de bewindvoerder. Artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek voorziet ook de mogelijkheid dat de persoon onder bewind optreedt, met bijstand van de bewindvoerder.

3. Voor welke akten moet machtiging van de vrederechter worden bekomen?

**950.** Wat de voorafgaande machtiging vanwege de vrederechter betreft, kan de stelling worden verdedigd dat zij zowel betrekking heeft op de akte wijziging als op de akte vereffening en verdeling van het vorige stelsel. De vrederechter moet nagaan of de belangen van de beschermde persoon niet worden geschaad, zodat bij de beoordeling door de vrederechter niet alleen de wijzigingsakte, doch ook de daaropvolgende akte van vereffening en verdeling relevant zijn en aan de vrederechter moeten worden voorgelegd. Voor de laatste akte volstaat de machtiging van de vrederechter en dient dan geen toepassing meer te worden gemaakt van artikel 1206 van het Gerechtelijk Wetboek dat voorziet dat de notariële verdelingsakte wordt getekend onder voorzitterschap en met goedkeuring van de vrederechter.

**951.** Of machtiging moet worden gegeven voor de eerste stap van de wijzigingsprocedure, met name het opmaken van de boedelbeschrijving, is minder duidelijk. Het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de persoon onder bewind, die onbekwaam is verklaard om een huwelijkscontract af te sluiten, zijn huwelijksvermogensstelsel enkel kan wijzigen na daartoe te zijn gemachtigd door de vrederechter “op basis van het door de notaris opgestelde ontwerp”.

Een voorafgaande machtiging om een boedelbeschrijving op te maken in het kader van een grote wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel heeft zin. Met name rijst de vraag of de persoon onder bewind over de vereiste wilsbekwaamheid beschikt om mee te werken aan de opmaak van de boedelbeschrijving, de eed af te leggen en de akte te ondertekenen. En het is zinvol dat de vrederechter zich daarover uitspreekt.

Een voorafgaande goedkeuring door de vrederechter van het ontwerp van de boedelbeschrijving heeft daarentegen weinig zin. Die voorafgaande boedelbeschrijving moet een beschrijving bevatten van alle roerende en onroerende goederen van de echtgenoten en van al hun schulden, en dat is iets waarop de notaris die de boedelbeschrijving opmaakt, zal toezien.

Uit artikel 1394, § 2, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat de akte houdende wijziging van het huwelijksvermogensstelsel wordt “voorafgegaan door een boedelbeschrijving”. Ik zou daaruit toch niet afleiden dat de boedelbeschrijving dus

geen onderdeel is van de eigenlijke wijziging zelf aan het huwelijksvermogensstelsel. De boedelbeschrijving gaat vooraf aan de wijzigingsakte (de tweede stap in de procedure), maar maakt wel degelijk deel uit van de procedure van de grote wijziging.

Wat de boedelbeschrijving betreft, zou ik voorstellen om aan de vrederechter vooraf machtiging te vragen om tot de boedelbeschrijving over te gaan, zonder dat aan de vrederechter een ontwerp wordt voorgelegd, althans wanneer uit de opsomming van het nieuwe artikel 492/1, § 2 van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat de persoon onder bewind niet bekwaam is om een boedelbeschrijving op te maken zonder voorafgaande machtiging van de vrederechter of wanneer de persoon onder bewind getroffen is door een algemene onbekwaamheid overeenkomstig het nieuwe artikel 492/5 van het Burgerlijk Wetboek.

**952.** Eens de boedelbeschrijving is opgesteld, zal dan aan de vrederechter machtiging worden gevraagd om de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel en de akte vereffening-verdeling van het vorige stelsel te ondertekenen. Bij het verzoekschrift tot machtiging zal men dan wel het ontwerp van deze twee akten voegen.

4. Welke akten moeten bij het verzoekschrift tot machtiging worden gevoegd?

**953.** Uit het voorgaande blijkt dat bij het verzoekschrift tot machtiging men zeker de akte wijziging en de regelingsakte moet voegen, omdat de vrederechter op basis van de ontwerpakte machtiging zal geven voor de ondertekening daarvan.

Ik stel voor om bij het verzoekschrift, waarbij om machtiging wordt gevraagd voor de ondertekening van de wijzigingsakte en de regelingsakte, ook de boedelbeschrijving te voegen, nadat zij is opgemaakt, omdat zij relevant is bij de beoordeling van de volledigheid van de regelingsakte en bij de beoordeling door de vrederechter of de belangen van de beschermde persoon niet zijn geschaad.

## **B. De inbreng in het gemeenschappelijk vermogen of de keuze voor het stelsel van algehele gemeenschap**

1. Inleiding

**954.** De vraag rijst of het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek moet worden toegepast wanneer de persoon onder bewind een inbreng doet in het gemeenschappelijk vermogen of een ruimer gemeenschapsstelsel aanneemt dan het wettelijk stelsel, zoals het stelsel van algehele gemeenschap.

2. Is een inbreng ook te beschouwen als een schenking en moeten dus ook de bijzondere regels voor het doen van een schenking worden gevolgd?

**955.** In de parlementaire voorbereiding bij de vroegere wettelijke bepalingen, meer bepaald in de verantwoording bij een amendement van de regering, wordt gesteld dat

een inbreng in het gemeenschappelijk vermogen een schenking is<sup>1165</sup>. Elders in de parlementaire voorbereiding wordt gesteld dat een huwelijkscontract soms een onrechtstreekse schenking uitmaakt<sup>1166</sup>.

**956.** Hoewel een inbreng in het gemeenschappelijk vermogen een voordeel kan inhouden voor een van de (aanstaande) echtgenoten, kan de inbreng in het gemeenschappelijk vermogen niet als een schenking worden beschouwd<sup>1167</sup>. Het gaat om een huwelijksvoordeel dat principieel als een overeenkomst onder bezwarende titel moet worden gekwalificeerd. Het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek vindt bijgevolg geen toepassing bij een inbreng in het gemeenschappelijk vermogen, noch bij de keuze van een stelsel van algehele gemeenschap.

**957.** De inbreng in het gemeenschappelijk vermogen wordt in het Burgerlijk Wetboek als een schenking aangezien wanneer de inbrenger bij zijn overlijden kinderen nalaat die niet gemeenschappelijk zijn met de langstlevende echtgenoot (art. 1465 BW).

Wanneer in artikel 1465 van het Burgerlijk Wetboek de inbreng bij uitzondering wel als schenking wordt aangezien, dan kan men de stelling verdedigen dat deze uitzondering uitsluitend moet worden gekaderd in de context van de bescherming van de reservataire erfgenamen<sup>1168</sup>.

**958.** Dit betekent dat een inbreng in het gemeenschappelijk vermogen of de keuze van een stelsel van algehele gemeenschap kan gebeuren door de bewindvoerder met machtiging van de vrederechter, in het geval de beschermde persoon niet wilsbekwaam is.

Wanneer de beschermde persoon geen geldige toestemming kan geven, zal het niet steeds vanzelfsprekend zijn om vanwege de vrederechter machtiging daartoe te bekomen. Toch is dat niet ondenkbaar, bijvoorbeeld wanneer de lening tot het verwerven

<sup>1165</sup> Zie de verantwoording bij het amendement nr. 103 van de regering, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 11: "Naargelang het huwelijkscontract een schenking of een vervreemding inhoudt, moeten de respectievelijke bijkomende beschermingsmechanismen ook worden gerespecteerd. Een inbreng in de huwelijksgemeenschap wordt aanvaard als zijnde een schenking onder toepassing van paragraaf 2". Zie ook *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 43, waar een zelfde uitspraak wordt gedaan.

<sup>1166</sup> Zie de uitspraak van senator VANDENBERGHE in die zin (*Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 41): "Een huwelijkscontract kan immers een onrechtstreekse schenking zijn".

<sup>1167</sup> W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43, nr. 97; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 189, nr. 400.

<sup>1168</sup> Zie ook F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 190, nr. 401. Bovendien weet men op het ogenblik van de inbreng niet zeker of de inbrenger bij zijn overlijden niet-gemeenschappelijke kinderen zal nalaten. De kwalificatie als schenking gebeurt pas bij het overlijden. Zie hierover ook W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43, nr. 97.

van het ingebrachte goed voornamelijk tijdens het huwelijk zal worden afbetaald, of wanneer de echtgenoten tijdens het huwelijk belangrijke kosten zullen doen aan het ingebrachte goed, bijvoorbeeld voor verbouwingen of voor het bouwen van een huis, of naar mijn mening ook wanneer dit kadert in een (fiscale of burgerrechtelijke) successieplanning en de belangen van de persoon onder bewind daardoor niet worden geschonden (*cf. supra*).

De vrederechter zal wellicht wel wensen dat de nodige beveiliging wordt voorzien voor de beschermde persoon, onder meer voor het geval het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding.

3. Is een inbreng ook te beschouwen als een vervreemding en moeten dus ook de bijzondere regels voor het vervreemden van roerende of onroerende goederen worden gevolgd?

**959.** Een inbreng in het gemeenschappelijk vermogen kan men ook analyseren als een vervreemding. Men moet de voorschriften van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek echter niet combineren met de voorschriften van het nieuwe artikel 499/7, § 2, eerste lid, 1<sup>o</sup> van het Burgerlijk Wetboek dat het vervreemden van de goederen van de beschermde persoon betreft, hetgeen bij een algemene onbekwaamheid van de persoon onder bewind moet gebeuren door de bewindvoerder over de goederen na machtiging door de vrederechter<sup>1169, 1170</sup>. Dit betekent dat de beschermde persoon de rechtshandeling kan stellen en de bewindvoerder de beschermde persoon niet moet vertegenwoordigen wanneer het huwelijkscontract of de akte wijziging een inbreng inhoudt. Indien men aanneemt dat de beschermde persoon het verzoekschrift op grond van het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek kan

<sup>1169</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving dat men de voorschriften van art. 488*bis*, h), § 3 niet moest combineren met de voorschriften van art. 488*bis*, f), § 3 BW: A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 81; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 296, nrs. 338-340; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43, nr. 98; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 191, nr. 404.

<sup>1170</sup> SWENNEN maakte onder de vroegere wetgeving wel een uitzondering in het geval dat het huwelijkscontract of de akte wijziging niet werd getekend door de beschermde persoon met bijstand van de voorlopig bewindvoerder, doch de beschermde persoon daarbij werd vertegenwoordigd door de voorlopig bewindvoerder. In dat geval moest volgens hem ook de machtiging worden bekomen op grond van art. 488*bis*, f), § 3, tweede lid BW betreffende het vervreemden van de roerende en onroerende goederen van de beschermde persoon (F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 191, nr. 404). Naar mijn mening was dat niet vereist. Wel kan men ook onder de nieuwe wetgeving stellen dat de beoordeling door de vrederechter van het ontwerp van de akte in het licht van de belangen van de beschermde persoon anders moet gebeuren in het geval dat de beschermde persoon wordt vertegenwoordigd bij het huwelijkscontract of de akte wijziging omdat hij geen geldige toestemming kan geven. De beoordeling is vergelijkbaar met de beoordeling door de vrederechter bij een verzoek tot machtiging op grond van het nieuwe art. 499/7, § 2, eerste lid, 1<sup>o</sup> BW dat het vervreemden van de goederen van de beschermde persoon betreft.



indienen (*cf. supra*), betekent dit ook dat de bewindvoerder het verzoekschrift niet moet ondertekenen<sup>1171</sup>.

### C. Contractuele erfstellingen opgenomen in het huwelijkscontract of de akte wijziging

1. De opname van een contractuele erfstelling uitgaande van de persoon onder bewind in het huwelijkscontract of de akte wijziging

**960.** Het feit dat de contractuele erfstelling in het Burgerlijk Wetboek voorkomt onder de titel “Schenken onder de levenden en testamenten” leidt tot de stelling dat de contractuele erfstelling ook als schenking onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek valt (*cf. supra*).

Indien een contractuele erfstelling wordt opgenomen in een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel zullen dus zowel de voorwaarden van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek, als de voorwaarden van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek moeten worden vervuld<sup>1172</sup>.

Dit betekent dat in principe enkel de beschermde persoon zelf (na machtiging door de vrederechter ingevolge een verzoekschrift ingediend door de beschermde persoon zelf) een contractuele erfstelling kan opnemen in het huwelijkscontract of de akte wijziging. De bewindvoerder kan in principe niet optreden voor rekening van de beschermde persoon, ook niet wanneer de bewindvoerder door de vrederechter (“in bijzondere gevallen”) zou worden gemachtigd om het huwelijkscontract of de akte wijziging te tekenen (op grond van het nieuwe art. 1397/1, derde lid BW).

**961.** De bewindvoerder kan enkel een contractuele erfstelling opnemen in het huwelijkscontract of de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wanneer de bewindvoerder zowel gemachtigd wordt door de vrederechter op grond van het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek (“in bijzondere gevallen”), als op grond van het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek, dat in

<sup>1171</sup> Als men het toch nodig of voorzichtig zou achten om machtiging te vragen op grond van art. 1397/1, art. 905 én art. 499/7, § 2, eerste lid, 1°, kan men de beschermde persoon en de bewindvoerder samen één verzoekschrift laten tekenen (zie onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 297-298, nrs. 338-340).

<sup>1172</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving dat zowel de voorwaarden van art. 488*bis*, h), § 2, als de voorwaarden van art. 488*bis*, h), § 3 BW moesten worden vervuld indien een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel tevens een schenking van toekomstige goederen inhield: V. DEHALLEUX, *Capacité juridique – Tableaux d’application*, deel I, *Les personnes*, boek V/2, Brussel, Larcier, 2004, 185; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 295, nrs. 338-340; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTIENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42-43, nr. 97; F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind” in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 189, nr. 400.

uitzonderlijke omstandigheden de mogelijkheid voor de bewindvoerder over de goederen voorziet om na machtiging door de vrederechter in naam en voor rekening van de persoon onder bewind te schenken wanneer de beschermde persoon daartoe zelf wilsonbekwaam is.

Een dergelijke machtiging op grond van het nieuwe artikel 499/7, § 4 kan aan de bewindvoerder enkel worden gegeven indien de verklaring van voorkeur omtrent de aan te wijzen bewindvoerder of vroegere mondelinge of schriftelijke verklaringen van de beschermde persoon, geuit op een ogenblik dat hij nog wilsbekwaam was, uitdrukkelijk blijkt geven van de wil tot schenken (nieuw art. 499/7, § 4 BW) (*cf. supra*).

**962.** Het verzoekschrift om machtiging te bekomen om een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel en om daarin een contractuele erfstelling op te nemen, zal dus in principe moeten worden ondertekend door de beschermde persoon zelf. De beschermde persoon zal dan in een zelfde verzoekschrift zowel machtiging vragen op grond van het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid, als op grond van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek.

Uitzonderlijk kan het verzoekschrift worden ingediend door de bewindvoerder als zowel het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek, als het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek kan worden toegepast.

2. De opname van een wederkerige contractuele erfstelling in het voordeel van de persoon onder bewind en zijn (aanstaande) echtgenoot of echtgenote in het huwelijkscontract of de akte wijziging

**963.** Hiervoor werd gesteld dat de contractuele erfstelling ook als schenking onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek valt of eventueel het nieuwe artikel 499/7, § 4 van hetzelfde wetboek (*cf. supra*).

**964.** Een contractuele erfstelling moet worden aanvaard. Als de persoon onder bewind niet bekwaam is om een schenking te aanvaarden (omdat deze rechtshandeling voorkomt in de opsomming van de vrederechter of omwille van een algemene onbekwaamheid), zal voor de aanvaarding van een contractuele erfstelling door een persoon onder bewind de machtiging van de vrederechter moeten worden gevraagd<sup>1173</sup> op grond van het nieuwe artikel 499/7, § 2, eerste lid, 6° van het Burgerlijk Wetboek, dat voor de aanvaarding van een schenking door de bewindvoerder de bijzondere machtiging van de vrederechter oplegt.

<sup>1173</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 136, nr. 84 (m.b.t. de contractuele erfstelling onder bijzondere titel).

De contractuele erfstelling zal dan worden aanvaard door de bewindvoerder<sup>1174</sup>. Het is niet de beschermde persoon die moet optreden. De beschermde persoon moet dan ook niet wilsgeschikt zijn.

**965.** De vraag rijst wie er moet optreden wanneer een huwelijkscontract wordt gesloten dat een contractuele erfstelling bevat in het voordeel van ieder van de aanstaande echtgenoten. Dezelfde vraag stelt zich voor de wederzijdse contractuele erfstelling opgenomen in een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

Om de erfstelling te doen, moet toepassing worden gemaakt van de nieuwe artikelen 1397/1 en 905 van het Burgerlijk Wetboek (*cf. supra*). Dit betekent dat de beschermde persoon in principe moet optreden en dus ook wilsbekwaam (gezond van geest) moet zijn (nieuw art. 905 BW). Enkel wanneer toepassing kan worden gemaakt van het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek en van het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek kan de bewindvoerder optreden en tekenen in de plaats van de persoon onder bewind.

**966.** De vraag is of de bewindvoerder de beschermde persoon moet vertegenwoordigen om de contractuele erfstelling gedaan in het voordeel van de beschermde persoon te aanvaarden, dan wel of het volstaat dat de beschermde persoon optreedt.

De strikte interpretatie van de wettelijke bepalingen leidt tot de stelling dat de bewindvoerder de aanvaarding moet doen en dat de bewindvoerder daartoe moet worden gemachtigd (op grond van het nieuwe art. 499/7, § 2, eerste lid, 6° BW). Toch zullen er zich geen problemen stellen wanneer de vrederechter de beschermde persoon heeft gemachtigd met toepassing van het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek<sup>1175</sup>. De vrederechter heeft immers de mogelijkheid om bepaalde rechtshandelingen uit het bewind te houden. Om die reden is de aanvaarding door de beschermde persoon ook als geldig te aanzien, wanneer de vrederechter daarvoor machtiging heeft gegeven.

### 3. De afschaffing of wijziging van een contractuele erfstelling in de akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel

#### – Inleiding

**967.** De vraag rijst welke principes men moet toepassen wanneer men een bestaande contractuele erfstelling, opgenomen in het huwelijkscontract of een vroegere akte wijziging, wil afschaffen of wijzigen.

<sup>1174</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 136, nr. 84 (m.b.t. de contractuele erfstelling onder bijzondere titel).

<sup>1175</sup> Zie onder de vroegere wetgeving C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 327, nr. 381. De WULF lijkt het standpunt in te nemen dat de machtiging op grond van art. 488*bis*, h), § 3 volstond (het huidige art. 1397/1) voor de aanvaarding van de contractuele erfstelling, en dat de beschermde persoon de contractuele erfstelling dus kon aanvaarden met bijstand van de voorlopig bewindvoerder (thans zonder bijstand van de bewindvoerder).

**968.** In een huwelijkscontract of akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel zijn vaak wederzijdse contractuele erfstellingen opgenomen in het voordeel van de langstlevende echtgenoot of echtgenote. Men wil die soms afschaffen of wijzigen om fiscale redenen. Als bijvoorbeeld de man onder bewind staat, dan vormt de afschaffing van de contractuele erfstelling die van hem uitgaat en die in het huwelijkscontract of de vroegere akte wijziging is opgenomen in het voordeel van de vrouw geen probleem voor de beschermde persoon. Zijn belangen worden daardoor niet geschaad. Het is anders wanneer de vrouw die niet onder bewind staat de contractuele erfstelling in het voordeel van haar echtgenoot onder bewind wil afschaffen.

**– De persoon onder bewind wil de contractuele erfstelling in het voordeel van zijn echtgenote of haar echtgenoot afschaffen**

**969.** Men kan de herroeping van een schenking niet als een schenking aanzien<sup>1176</sup>.<sup>1177</sup> Een schenking veronderstelt, naast een intentioneel element bestaande uit de intentie om te begiftigen of de *animus donandi*, ook een materieel element bestaande uit de verarming van de schenker en de verrijking van de begiftigde<sup>1178</sup>. Een herroeping van een schenking leidt normalerwijze tot een verrijking in hoofde van de schenker die herroept en niet tot een verarming, zodat men de herroeping van de schenking niet als een schenking kan aanzien.

Men kan dus op de herroeping van de schenking niet dezelfde principes toepassen als op de schenking zelf.

Hetzelfde geldt voor de contractuele erfstelling: een afschaffing van een contractuele erfstelling, ook in onderling akkoord, is geen contractuele erfstelling en kan ook niet onder de toepassing worden gebracht van de nieuwe regel van artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de schenkingen.

**970.** Daaruit kan men afleiden dat geen toepassing moet worden gemaakt van het nieuwe artikel 905 of het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek. Het volstaat toepassing te maken van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het opmaken van een huwelijkscontract of het aanbrengen van een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

<sup>1176</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 152, voetnoot 725.

<sup>1177</sup> *Contra* en dus in de zin dat de herroeping van de schenking aan dezelfde regels als de schenking zou onderworpen zijn Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 187, nr. 199; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 185, nr. 393; F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-05, p. 11, nr. 57.

<sup>1178</sup> Zie W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, p. 430, nr. 893.

**– De bekwame echtgenoot of echtgenote wil de contractuele erfstelling in het voordeel van de persoon onder bewind afschaffen**

**971.** Welke houding moet men aannemen als de echtgenoot of echtgenote, die niet onder bewind staat, de contractuele erfstelling in het voordeel van zijn echtgenote of haar echtgenoot, die wel onder bewind staat, wil afschaffen?

Ook hier kan de contractuele erfstelling in het voordeel van de beschermde persoon worden afgeschaft, mits eerbiediging van de voorwaarden van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek. Beschikt de beschermde persoon niet meer over een voldoende vrije en bewuste wil, dan laat het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek toe dat de bewindvoerder tekent bij de afschaffing van de contractuele erfstelling opgenomen in het huwelijkscontract of de akte wijziging, na daartoe machtiging te hebben bekomen van de vrederechter.

**972.** De vraag is wel of de vrederechter machtiging zal geven voor de afschaffing van de contractuele erfstelling in het nadeel van de beschermde persoon. Dat is niet bepaald vanzelfsprekend. Toch is dit naar mijn mening mogelijk, omdat de vrederechter bij de beoordeling van een verzoek tot machtiging niet enkel de belangen van de beschermde persoon voor ogen moet hebben, doch ook de belangen van alle andere betrokken personen, zoals onder meer de kinderen. De vrederechter moet een afweging maken van de belangen van alle betrokken personen bij zijn beslissing om al dan niet machtiging te geven. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat men met de rechtshandeling, waarvoor machtiging wordt gevraagd, fiscale rechten wil besparen bij het overlijden van een echtgenoot. Het feit dat de beschermde persoon bij het overlijden van zijn echtgenote of haar echtgenoot minder aanspraken zal kunnen uitoefenen op de nalatenschap van de echtgenoot of echtgenote volstaat op zich niet om de machtiging te weigeren. De vrederechter kan naar mijn mening machtiging geven tot het stellen van de beoogde rechtshandeling indien de levensstandaard van de beschermde persoon niet zal wijzigen door deze rechtshandeling en indien er voldoende financiële reserves zijn om onverwachte gebeurtenissen, zoals een zware ziekte, het hoofd te bieden.

**– De persoon onder bewind wil de contractuele erfstelling in het voordeel van zijn echtgenote of haar echtgenoot wijzigen**

**973.** Wanneer de persoon onder bewind de contractuele erfstelling in het voordeel van zijn echtgenote of haar echtgenoot wil wijzigen, zijn er twee mogelijkheden: ofwel is de wijziging van de contractuele erfstelling te beschouwen als een gedeeltelijke afschaffing of vermindering van de bestaande contractuele erfstelling, ofwel is de wijziging een vervanging van de bestaande contractuele erfstelling door een andere contractuele erfstelling.

In het eerste geval past men enkel het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid of derde lid van het Burgerlijk Wetboek toe. In het tweede geval past men zowel het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid of derde lid toe, als het nieuwe artikel 905 of 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek toe (*cf. supra*).

**974.** Het is niet altijd duidelijk of er sprake is van een gedeeltelijke afschaffing van een bestaande contractuele erfstelling, dan wel van een vervanging van de bestaande contractuele erfstelling door een nieuwe contractuele erfstelling. In geval van twijfel en indien mogelijk, zal men dan zowel het nieuwe artikel 1397/1, eerste lid of derde lid, als het nieuwe artikel 905 of 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek toepassen.

**– De bekwame echtgenoot of echtgenote wil de contractuele erfstelling in het voordeel van de persoon onder bewind wijzigen**

**975.** Wanneer de echtgenoot of echtgenote, die niet onder bewind staat, de contractuele erfstelling in het voordeel van de persoon onder bewind met wie hij of zij getrouwd is, wil wijzigen, geldt voor een deel hetzelfde als inzake de afschaffing van de contractuele erfstelling.

De contractuele erfstelling kan in het voordeel van de beschermde persoon worden gewijzigd, mits eerbiediging van de voorwaarden van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek. Beschikt de beschermde persoon niet meer over een voldoende vrije en bewuste wil, dan laat het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek toe dat de bewindvoerder tekent bij de wijziging van de contractuele erfstelling opgenomen in het huwelijkscontract of de akte wijziging, na daartoe machtiging te hebben bekomen van de vrederechter.

**976.** Een vervanging van een bestaande contractuele erfstelling door een nieuwe contractuele erfstelling veronderstelt wel een aanvaarding door de persoon onder bewind.

Als de persoon onder bewind niet bekwaam is om een schenking te aanvaarden (omdat deze rechtshandeling voorkomt in de opsomming van de vrederechter of omwille van een algemene onbekwaamheid), zal voor de aanvaarding van een nieuwe contractuele erfstelling door een persoon onder bewind de machtiging van de vrederechter moeten worden gevraagd<sup>1179</sup> op grond van het nieuwe artikel 499/7, § 2, eerste lid, 6° van het Burgerlijk Wetboek, dat voor de aanvaarding van een schenking de bijzondere machtiging van de vrederechter oplegt.

De contractuele erfstelling zal dan worden aanvaard door de bewindvoerder<sup>1180</sup>. Het is niet de beschermde persoon die moet optreden. De beschermde persoon moet dan ook niet wilsgeschikt zijn.

**977.** De vraag is of de bewindvoerder de beschermde persoon moet vertegenwoordigen om de nieuwe contractuele erfstelling gedaan in het voordeel van de be-

<sup>1179</sup> In die zin onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 136, nr. 84 (m.b.t. de contractuele erfstelling onder bijzondere titel).

<sup>1180</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 136, nr. 84 (m.b.t. de contractuele erfstelling onder bijzondere titel).

schermde persoon te aanvaarden, dan wel of het volstaat dat de beschermde persoon optreedt.

De strikte interpretatie van de wettelijke bepalingen leidt tot de stelling dat de bewindvoerder de aanvaarding moet doen en dat de bewindvoerder daartoe moet worden gemachtigd (op grond van het nieuwe art. 499/7, § 2, eerste lid, 6° BW). Toch zullen er zich geen problemen stellen wanneer de vrederechter de beschermde persoon heeft gemachtigd met toepassing van het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek<sup>1181</sup>. De vrederechter heeft immers de mogelijkheid om bepaalde rechtshandelingen uit het bewind te houden. Om die reden is de aanvaarding door de beschermde persoon ook als geldig te aanzien, wanneer de vrederechter daarvoor machtiging heeft gegeven.

#### **D. Schenkingen van tegenwoordige goederen opgenomen in het huwelijkscontract of de akte wijziging**

**978.** Bij een schenking van tegenwoordige goederen, opgenomen in het huwelijkscontract of de akte wijziging, zal men dezelfde principes toepassen als hiervoor uiteengezet voor de contractuele erfstelling<sup>1182</sup>.

#### **E. Bedingen houdende afwijking van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden**

##### **1. Vraagstelling**

**979.** De vraag rijst of het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek betreffende het huwelijkscontract en de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel dient gecombineerd te worden met het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek betreffende de schenking en het testament, wanneer tussen de echtgenoten wordt

<sup>1181</sup> Zie onder de vroegere wetgeving C. DE WULF, m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 327, nr. 381. DE WULF lijkt het standpunt in te nemen dat de machtiging op grond van art. 488bis, h), § 3 volstond (het huidige art. 1397/1) voor de aanvaarding van de contractuele erfstelling, en dat de beschermde persoon de contractuele erfstelling dus kon aanvaarden met bijstand van de voorlopig bewindvoerder (thans zonder bijstand van de bewindvoerder).

<sup>1182</sup> In de zin onder de vroegere wetgeving dat de procedure van art. 488bis, h), § 2 betreffende de schenking bijkomend moet worden gevolgd indien het huwelijkscontract tevens een schenking van tegenwoordige goederen inhoudt T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind in Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, VIII, Gent, Larcier, 2007, p. 157, nr. 248; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 185, nr. 198; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003" in *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 46, nr. 80; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 295, nrs. 338-340; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003" in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 42-43, nr. 97; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind" in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 189, nr. 400.

overeengekomen met betrekking tot een verblijvingsbeding, een beding van ongelijke verdeling of een beding van vooruitmaking<sup>1183</sup> of wanneer een overeenkomst wordt gesloten met betrekking tot andere bedingen die afwijken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden, zoals een keuzebeding, een beding houdende toebedeling van het gemeenschappelijk vermogen onder last, een beding van vooruitmaking onder last enz.

**980.** In elk geval dienen de bepalingen van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek toegepast te worden, aangezien een huwelijkscontract wordt gesloten of een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel wordt aangebracht.

**981.** De vraag is of tevens toepassing moet worden gemaakt van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek, met andere woorden of dergelijke bedingen als een “testament” of als een “schenking onder de levenden” moeten worden beschouwd of daarmee moeten worden gelijkgesteld. Is het antwoord op deze laatste vraag bevestigend, dan dienen de nieuwe artikelen 1397/1 en 905 te worden gecombineerd. Is het antwoord op die vraag ontkennend, dan volstaat toepassing van het nieuwe artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek.

## 2. Belang van de vraagstelling

**982.** Het antwoord op deze vraag is niet zonder belang. Het nieuwe artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek, inzake het huwelijkscontract en de wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, voorziet de mogelijkheid voor de vrederechter om (in bijzondere gevallen) de bewindvoerder te machtigen om alleen op te treden bij het sluiten van een huwelijkscontract en bij een wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, zonder dat enige tussenkomst van de beschermde persoon vereist is.

De stelling dat de nieuwe artikelen 1397/1 en 905 moeten worden gecombineerd omdat de bedingen van ongelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen moeten worden gelijkgesteld met “een testament”, leidt ertoe dat de bewindvoerder in principe nooit dergelijke clausules in het huwelijkscontract of de wijzigingsakte kan opnemen, wijzigen of afschaffen, doch enkel de beschermde persoon dat kan en dat de beschermde persoon wilsgeschikt moet zijn wanneer men dergelijke clausules in het huwelijkscontract of de akte wijziging wil opnemen, wijzigen of afschaffen.

Enkel in het geval dat de bedingen waarbij wordt afgeweken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen niet als een “testament”, doch wel als een “schenking” zouden worden gekwalificeerd, zou het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden toegepast en zou de bewindvoerder dan in de plaats van de wilsonbekwame persoon onder bewind kunnen optreden. Maar dit vereist dan dat de verklaring van voorkeur omtrent de aan te wijzen bewindvoerder of vroegere mondelinge of schriftelijke verklaringen van de beschermde persoon, geuit

<sup>1183</sup> Zie hierover ook A. WITTENS, “Voorlopig bewind: ‘le beaujolais nouveau est arrivé’ ... maar kan nog niet gedronken worden”, *NFM* 2003, 289. De redenering van WITTENS kan naar mijn mening echter niet worden gevolgd.



op een ogenblik dat hij nog wilsbekwaam was, uitdrukkelijk blijk geven van de wil om een dergelijk beding afwijkend van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen op te nemen in een huwelijkscontract of een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel (nieuw art. 499/7, § 4 BW).

### 3. Antwoord

**983.** De te beantwoorden vraag is vooreerst wat men bedoelt met de term “schenking onder de levenden” en met de term “testament”.

In het Burgerlijk Wetboek wordt uitdrukkelijk bepaald dat de verblijvingsbedingen, bedingen van ongelijke verdeling en bedingen van vooruitmaking huwelijksvoorwaarden zijn en geen schenkingen<sup>1184</sup>. Wanneer in de artikelen 1458, tweede lid, 1464, tweede lid en 1465 van het Burgerlijk Wetboek deze bedingen bij uitzondering wel als schenkingen worden aangezien, dan kan men de stelling verdedigen dat deze uitzonderingen uitsluitend moeten worden gekaderd in de context van de bescherming van de reservataire erfgenamen<sup>1185</sup>.

De clausules in een huwelijkscontract of akte wijziging waarbij wordt afgeweken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden kunnen dus niet als een schenking onder de levenden worden aangezien<sup>1186</sup>, zodat zij dus ook niet om die reden onder de toepassing van het nieuwe artikel 905 of het nieuwe artikel 499/7, § 4 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden gebracht.

**984.** In de parlementaire voorbereiding tot de wet van 3 mei 2003, meer bepaald bij de motivering van een amendement van de regering, wordt uitdrukkelijk gesteld dat het begrip “uiterste wilsbeschikking” een bredere betekenis heeft dan het begrip “testamentaire beschikking” en ook het verblijvingsbeding omvat<sup>1187</sup>.

In vroegere teksten werd door mij het standpunt verdedigd dat de term “uiterste wilsbeschikking” vaak wordt gebruikt om de testamenten en de contractuele erfstellingen aan te duiden, doch niet om de bedingen aan te duiden waarbij wordt afgeweken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden. Als men

<sup>1184</sup> Art. 1458, eerste lid BW: “Vooruitmaking wordt niet beschouwd als een schenking maar als een huwelijksovereenkomst”; art. 1464, eerste lid BW: “Het beding van ongelijke verdeling en het beding van verblijving van het gehele gemeenschappelijke vermogen worden niet beschouwd als schenkingen, maar als huwelijksvoorwaarden”.

<sup>1185</sup> Een gelijkaardige redenering vindt men in een andere context in het arrest van het hof van beroep van Antwerpen van 24 juni 2008 (Antwerpen 24 juni 2008, *TEP* 2008, 356, noot A. VERBEKE en *T.Not.* 2008, 486).

<sup>1186</sup> Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, p. 185, nr. 198; P. MARCHAL, *Les incapables majeurs in Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 295-296, nrs. 338-340.

<sup>1187</sup> Zie het amendement nr. 102 van de regering, *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 10-11, waar de uitdrukking “uiterste wilsbeschikking” wordt ingevoerd in vervanging van de uitdrukking “testamentaire beschikking” met de volgende motivering: “Het begrip ‘testamentaire beschikking’ wordt omwille van de juridische duidelijkheid vervangen door ‘uiterste wilsbeschikking’. Daaronder valt bijvoorbeeld ook het verblijvingsbeding”.

de gewone juridische betekenis aan het begrip “uiterste wilsbeschikking” geeft, dan vallen de bedingen van afwijking van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden niet onder de toepassing van het vroegere artikel 488*bis*, h), § 2 van het Burgerlijk Wetboek (de voorganger van het nieuwe art. 905 BW)<sup>1188</sup>.

**985.** In het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek, dat het vroegere artikel 488*bis*, h), § 2 van het Burgerlijk Wetboek vervangt, is er echter geen sprake meer van een “uiterste wilsbeschikking”, doch wel van een “testament”. Een beding waarbij afgeweken wordt van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen kan men onmogelijk als een testament aanzien, zodat deze bedingen niet onder het toepassingsgebied van het nieuwe artikel 905 van het Burgerlijk Wetboek vallen.

De verblijvingsbedingen, bedingen van ongelijke verdeling en bedingen van vooruitmaking zijn wel vergelijkbaar met de testamenten. Zij regelen het lot van een deel van het vermogen van de eerststervende echtgenoot bij zijn overlijden.

Het feit dat een rechtshandeling of overeenkomst de periode na het overlijden van een van de partijen betreft en een regeling inhoudt over het vermogen van die partij voor de periode na het overlijden, maakt echter van die rechtshandeling of overeenkomst nog geen “testament”. Er zijn tal van andere overeenkomsten denkbaar met uitwerking bij het overlijden, die men zeker niet als een “testament” aanziet, zoals overeenkomsten van aanwas, de verkoop met uitgestelde betaling en uitgestelde eigendomsoverdracht tot aan het overlijden van de verkoper, de levensverzekering enz. Indien men zou stellen dat de bedingen waarbij wordt afgeweken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen niet onder het begrip “testament” vallen, doch dat een gelijkaardige behandeling zich opdringt, dan zou men de redenering naar analogie moeten uitbreiden naar alle rechtshandelingen met uitwerking bij overlijden en niet enkel naar de bedingen die afwijken van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen. Dat lijkt mij een stap te ver.

Daarenboven hebben niet alleen de bedingen die een afwijking inhouden van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen een impact op hetgeen door de langstlevende echtgenoot wordt verkregen bij het overlijden van de eerststervende echtgenoot. Ook de keuze van het stelsel heeft daarop een invloed en in het algemeen alle bedingen betreffende de samenstelling van de vermogens van de echtgenoten. Ook bepalingen betreffende de vergoedingsrekeningen, betreffende het bewijs van het eigendomsrecht enz. hebben een invloed op de aanspraken van de langstlevende echtgenoot bij het overlijden van de andere echtgenoot.

<sup>1188</sup> Zie over deze problematiek onder de vroegere wetgeving J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind” in C. ENGELS en P. LECOCQ (eds.), *Rechtskroniek voor de vrede- en politierechters 2009*, Brugge, die Keure, 2009, p. 93-98, nrs. 181-191. In dezelfde zin dat de bedingen van verblijving, ongelijke verdeling en vooruitmaking niet als een “uiterste wilsbeschikking” kunnen worden beschouwd: P. MARCHAL, *Les incapables majeurs* in *Rép.not.*, deel I, *Les personnes*, boek VIII, Brussel, Larcier, 2007, p. 295-296, nrs. 338-340.

**986.** Een toebedeling van het gemeenschappelijk vermogen bij overlijden zou men ook kunnen analyseren als een vervreemding. De vraag rijst of men dan de voorschriften van artikel 1397/1 moet combineren met de voorschriften van artikel 499/7, § 2, eerste lid, 1° van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt dat de bewindvoerder enkel mits bijzondere machtiging van de vrederechter de goederen van de beschermde persoon kan vervreemden<sup>1189</sup>.

Volgende overwegingen kunnen in dat verband worden gemaakt:

- Men kan die verplichting tot gecombineerde toepassing van deze wettelijke bepalingen niet afleiden uit artikel 1397/1 van het Burgerlijk Wetboek.
- Artikel 499/7, § 2, eerste lid, 1° van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de bewindvoerder de goederen van de beschermde persoon slechts kan vervreemden met machtiging van de vrederechter.

Ofwel wordt de beschermde persoon bij het huwelijkscontract of de akte wijziging vertegenwoordigd door de bewindvoerder en dan geldt de machtiging die de vrederechter geeft overeenkomstig artikel 1397/1, derde lid van het Burgerlijk Wetboek, gebaseerd op het bij het verzoekschrift gevoegde ontwerp van akte, ook als machtiging overeenkomstig artikel 499/7, § 2, eerste lid, 1° van het Burgerlijk Wetboek.

Ofwel zal de beschermde persoon optreden bij het huwelijkscontract of de akte wijziging (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder), na daartoe de machtiging van de vrederechter te hebben bekomen. Het Burgerlijk Wetboek bepaalt wel bij algemene onbekwaamheid van de beschermde persoon als principe dat de bewindvoerder de beschermde persoon vertegenwoordigt in alle rechtshandelingen, maar artikel 1397/1 moet dan als een *uitzondering* op dat principe worden aangezien. De vrederechter kan ook de beschermde persoon machtigen om op te treden in het huwelijkscontract of de akte wijziging (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder) wanneer de vervreemding opgenomen wordt in een huwelijkscontract of een akte van wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel.

- De wet biedt de vrederechter ten andere de mogelijkheid om zelfs bij algemene onbekwaamheid van de persoon onder bewind het regime van vertegenwoordiging te vervangen door een regime van bijstand of op het regime van vertegenwoordiging uitzonderingen te voorzien. Zelfs als in principe de bewindvoerder zou moeten optreden voor een vervreemding die is opgenomen in een huwelijkscontract of een akte wijziging, dan kan men de machtiging door de vrederechter gegeven aan de beschermde persoon om op te treden (al dan niet met bijstand van de bewindvoerder) ook analyseren als een gedeeltelijke

<sup>1189</sup> Zie ook betreffende de vroegere wetgeving de verantwoording bij het amendement nr. 103 van de regering betreffende art. 488bis, h), § 3 (de voorganger van het nieuwe art. 1397/1 BW), *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 11: “Indien het huwelijkscontract een vervreemding inhoudt, moet art. 488bis, f), § 3, tevens nageleefd worden” (art. 488bis, f), § 3 is de voorganger van het nieuwe art. 499/7, § 2 BW). Zie ook *Parl.St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 44, waar een zelfde uitspraak wordt gedaan.

uitzondering door de vrederechter op het regime van vertegenwoordiging door de bewindvoerder in deze hypothese<sup>1190</sup>.

Wanneer de te beschermen persoon in een gezondheidstoestand verkeert die voorkomt op de lijst van gezondheidstoestanden opgesteld door de Koning is de algemene onbekwaamheid, wat handelingen betreffende het vermogen betreft, de regel. Het nieuwe artikel 492/5, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat in dat geval “*bij gebreke van aanwijzingen in de beschikking* bedoeld in artikel 492/1, § 2”, de te beschermen persoon vertegenwoordigd wordt bij het stellen van alle rechtshandelingen of proceshandelingen met betrekking tot diens goederen. Het nieuwe artikel 492/5, derde lid van het Burgerlijk Wetboek voegt daaraan toe dat de vrederechter alsnog tot een *beoordeling op maat* kan overgaan indien hij dit noodzakelijk acht. Zelfs wanneer de te beschermen persoon zich in een van de gezondheidstoestanden bevindt voorkomend op de lijst van de Koning en er dus voor hem een algemene onbekwaamheid is om handelingen betreffende zijn vermogen te stellen, kan de vrederechter uitzonderingen voorzien op dit principe van de algemene onbekwaamheid of op het principe dat de persoon onder bewind moet worden vertegenwoordigd door de bewindvoerder. De vrederechter kan in een concreet geval, ingevolge het bepaalde in artikel 492/5, tweede en derde lid, machtiging geven aan de persoon onder bewind zelf om bepaalde rechtshandelingen te stellen.

<sup>1190</sup> In dezelfde zin onder de vroegere wetgeving dat bij een rechtshandeling onder bezwarende titel vervat in het huwelijkscontract of de akte wijziging geen afzonderlijke toepassing moet worden gemaakt van art. 488*bis*, f), § 3 BW (de voorloper van het nieuwe art. 499/7, § 2 BW): W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003” in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voorgedij en voorlopig bewind*, Brugge, die Keure, 2004, p. 43, nr. 98.