

FEESTBUNDEL NAAR AANLEIDING VAN DE
HONDERDSTE VERJAARDAG VAN HET
COMITÉ VOOR STUDIE EN WETGEVING
Onder de Hoge Bescherming van Zijne Majesteit de Koning

LIVRE DE FÊTE À L'OCCASION DU
CENTENAIRE DU COMITÉ D'ÉTUDES ET DE LÉGISLATION
Sous le Haut Patronage de Sa Majesté le Roi

**FEESTBUNDEL NAAR AANLEIDING VAN
DE HONDERDSTE VERJAARDAG VAN HET
COMITÉ VOOR STUDIE EN WETGEVING**

**Onder de Hoge Bescherming van
Zijne Majesteit de Koning**

**LIVRE DE FÊTE À L'OCCASION DU
CENTENAIRE DU
COMITÉ D'ÉTUDES ET DE LÉGISLATION
Sous le Haut Patronage de Sa Majesté le Roi**

FEDNOT (ed.)/(dir.)

2023

 die Keure

D/2023/0147/198

ISBN 978 90 4864 719 4

Bestelcode: 202 236 301

Niets van deze uitgave, zelfs gedeeltelijk, mag openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder enige vorm ook, hierin begrepen fotokopie, microfilm, bandopname of plaat, of opgeslagen worden in een geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever.

© 2023 die Keure
Kleine Pathoekeweg 3, 8000 Brugge
Tel.: 050/47 12 72
E-mail: pp@diekeure.be
www.diekeure.be

VOORWOORD

Op 6 oktober 2023 viert het Comité voor Studie en Wetgeving zijn 100-jarig bestaan. Ingebed in de statuten van Fednot, de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat, onderzoekt dit Comité alle principiële kwesties die verband houden met het notarieel beroep. Het bestudeert verdragen, wetsontwerpen en -voorstellen, ontwerpen van decreten en ordonnances en besluiten of nog rechtsproblemen in het algemeen die van belang zijn voor het notariaat.

De viering van het eeuwfeest van het Comité gaat door in het halfroond van de Senaat, waarvan zowel het instituut als de locatie bijzondere raakvlakken hebben met het Comité.

Het democratisch halfroond van de Senaat is samen met de Kamer van Volksvertegenwoordigers gehuisvest in het Paleis der Natie, dat getuige is van de rijke geschiedenis van ons land. De oorspronkelijke zetel van de Soevereine Raad van Brabant overschouwt het Warandepark, dat eeuwenlang jachtterrein en lusttuin was van het Coudenbergpaleis. Het park en de bas-fonds maakten in 1830 het schouwtoneel uit van de strijd om de Belgische onafhankelijkheid.

Het ronde bassin van het Warandepark biedt met zijn doorkijkjes langs de lanen uitzicht op de drie machten van ons land: de wetgevende met het Paleis der Natie, de uitvoerende met het Koninklijk Paleis en de rechterlijke macht met het Justitiepaleis. Het Warandepark vertegenwoordigt daarmee het hart van onze democratie.

Het Paleis der Natie bevindt zich verder ook aan de Wetstraat. Een rechte lijn naar het Comité voor Studie en Wetgeving is daarmee getrokken, vermits het Comité zijn oorsprong vindt in het bestuderen van de wetgeving.

Ingrijpende economische en sociale veranderingen veroorzaken in de periode na de Eerste Wereldoorlog een grote toename van wetgeving. Om hieraan het hoofd te bieden, stelt Mr. Théodore Taymans, voorzitter van de Federatie, voor om een bestendige commissie op te richten “die nauwe betrekkingen onderhoudt met de confraters die de eer genieten in onze wetgevende Kamers te zetelen, en die op een heel bijzondere wijze de ingediende wetsontwerpen, welke rechtstreeks of onrechtstreeks het notariaat aanbelangen, moeten bestuderen”.

Op 6 oktober 1923 richt de Federatie van Notarissen het “Comité de Législation” op. Dit comité dat bestaat uit 9 notarissen, één per provincie, zal een eerste vergadering houden op 3 november en zich daarbij buigen over het wetsontwerp over de gedwongen mede-eigendom, dat de latere wet van 8 juli 1924 zou worden.

Al snel noodzaakt de toestroom van aanvragen van individuele notarissen voor advies bij de toepassing en de interpretatie van de wet, vastgelegd in de statuten

van de Federatie, een bijsturing van de organisatie. In 1925 wordt daarom het “Comité consultatif” opgericht dat als taak heeft de problemen inzake burgerlijk, fiscaal en notarieel recht te bestuderen.

Begin 1932 besluit de Federatie tot samenvoeging van de twee organen, het Comité de législation en het Comité consultatif. Ze vormen vanaf dat moment het Comité voor Studie en Wetgeving, eveneens gekend onder de afkorting CSW. In het kader van de voorbereidingen van de 75e verjaardag van het Comité beschrijft meester Rodolphe Eeman deze fusie als “de samenvloeiing van twee rivieren die samen de stroom gemaakt hebben”.

Het CSW heeft sindsdien heel wat evoluties gekend. Laten we er enkele uitpikken ...

Het Comité dat in zijn eerste vorm enkel uit notarissen bestond, breidde zijn samenstelling uit. In eerste instantie verkreeg een aantal hoogleraren het lidmaatschap. Na een aarzeling over de toelaatbaarheid ervan konden ook magistraten gecoöpteerd worden. Het lidmaatschap werd verder geopend voor andere beroepsgroepen, zodat het CSW nu bestaat uit notarissen en erenotarissen, magistraten, professoren, advocaten en leden van de administratie. De voorzitters van Fednot en van de Nationale Kamer van Notarissen zijn van rechtswege lid. Sommigen zijn corresponderende leden.

Het eerste vrouwelijke lid van het Comité is professor Simone David-Constant van de Universiteit van Luik. Haar installatie vond plaats op 18 januari 1969. In de vergelijking met het Federale Parlement moet het CSW daarmee het onderspit delven: op 28 december 1921 legde Marie Spaak-Janson de eed af als senator en werd zo het eerste vrouwelijke parlamentslid in België. In de loop der jaren heeft het Comité zijn achterstand enigszins goedgeemaakt; het aandeel vrouwelijke leden loopt gestaag op.

Oorspronkelijk waren de werkzaamheden van het Comité niet voor het publiek bestemd. Vanaf 1937 worden de verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving gepubliceerd en voorbehouden voor de notarissen. De oudere verslagen vanaf 1932 zullen later gecodificeerd worden. Het doelpubliek breidt in de loop der jaren uit. Eerst komen de notarisklerken aan bod; later het grote publiek. Nog niet zo lang geleden onderging het vertrouwde gele verslagboek een volledige *make-over* en werd het vervangen door een tijdschrift dat tweemaal per jaar verschijnt. Op die manier zijn de verslagen en debatten, maar ook de conclusies en eventuele modelclausules van afgesloten dossiers op korte termijn beschikbaar.

Het in de afgelopen eeuw door het Comité geleverde werk is indrukwekkend. De meterslange rij “Verslagen en Debatten”, die menige juridische bibliotheek siert, getuigt van de hoeveelheid besproken en verwerkt materiaal. Inhoudelijk zijn

de adviezen van het Comité absolute ankerpunten, zowel in de notariële wereld als ver daarbuiten, die veelvuldig geraadpleegd worden en waarnaar uitgebreid verwezen wordt.

Deze honderdste verjaardag biedt ook gelegenheid om stil te staan bij de uitdagingen waarmee het CSW geconfronteerd wordt.

Net zoals in de beginjaren van het Comité neemt de hoeveelheid wetgeving explosief toe. We denken daarbij aan het *Belgisch Staatsblad*, dat ondertussen een jaarlijks volume van 100.000 en meer bladzijden bevat. Daarnaast neemt ook de complexiteit van de wetgeving toe. Het verwerven van nieuwe informatie en het verwerken van wijzigingen aan bestaande regelgeving is een arbeidsintensief werk dat veel tijd en energie van de notaris, en bij uitbreiding van de hele juridische wereld, in beslag neemt.

Ook de digitalisering heeft een aanzienlijke invloed op de juridische wereld. De opkomst van technologische ontwikkelingen, artificiële intelligentie en *machine learning* maakt de automatisering van processen mogelijk, vergemakkelijkt de toegang tot informatie en verhoogt de efficiëntie. De digitalisering van de juridische wereld plaatst de notaris en dus ook het CSW voor nieuwe uitdagingen.

Laat dit eeuwfeest een uitnodiging zijn om – met het oog op de toekomst – verder van gedachten te wisselen over de rol van het CSW in de veranderende wereld van vandaag.

Bij deze bijzondere verjaardag horen uiteraard ook felicitaties en een woord van dank aan eenieder die bijgedragen heeft en nog steeds bijdraagt aan het belang van het Comité voor Studie en Wetgeving voor de notariële wereld.

Katrin ROGGEMAN
Voorzitter Fednot

PRÉFACE

Le 6 octobre 2023, le Comité d'Études et de Législation fêtera son 100^e anniversaire. Repris dans les statuts de Fednot (la Fédération Royale du Notariat belge), ce Comité examine toutes les questions de principe se rapportant à la profession notariale. Il étudie les traités, les projets et propositions de loi, les projets de décrets et d'ordonnances et les arrêtés ou encore les problèmes de droit en général intéressant le notariat.

Le centenaire du Comité se célébrera dans l'hémicycle du Sénat, dont aussi bien l'institution que le lieu ont des points communs spécifiques avec le Comité.

Tout comme la Chambre des représentants, l'hémicycle démocratique du Sénat est hébergé dans le Palais de la Nation, témoin de la riche histoire de notre pays. Le siège originel du Conseil souverain de Brabant surplombe le parc de Bruxelles, qui fut pendant des siècles le terrain de chasse et le jardin d'agrément du Palais du Coudenberg. Le parc et les bas-fonds ont été le théâtre de la bataille pour l'indépendance de la Belgique en 1830.

Depuis le bassin circulaire du parc de Bruxelles, trois perspectives offrent à la vue les trois pouvoirs de notre pays : le législatif avec le Palais de la Nation, l'exécutif avec le Palais Royal et le judiciaire avec le Palais de Justice. Le parc de Bruxelles représente ainsi le cœur de notre démocratie.

Le Palais de la Nation est également situé dans la rue de la Loi. Une ligne droite menant au Comité d'Études et de Législation, dont l'origine se trouve dans l'étude de la législation, est dès lors tracée.

La période qui suit la Première Guerre mondiale connaît de profondes mutations économiques et sociales, ce qui entraîne un boom sur le plan de la législation. Pour y faire face, M^e Théodore Taymans, président de la Fédération, propose alors la création d'une commission permanente « appelée à se tenir en relation étroite avec ceux de nos confrères qui ont l'honneur de siéger dans nos chambres législatives, et à étudier d'une façon toute particulière, dès qu'ils sont proposés, les projets de loi qui directement ou indirectement intéressent le notariat ».

Le 6 octobre 1923, la Fédération des notaires met en place le « Comité de Législation ». Ce comité, composé de neuf notaires, un par province, tiendra sa première réunion le 3 novembre, en se penchant sur le projet de loi sur la copropriété forcée, qui deviendra la future loi du 8 juillet 1924.

Rapidement, les demandes de conseils de la part de notaires individuels sur l'application et l'interprétation des lois, telles que prévues dans les statuts de la Fédération, affluent et nécessitent une adaptation de l'organisation. C'est ainsi qu'en 1925 est créé le « Comité consultatif » chargé d'examiner les problèmes de droit civil, fiscal et notarial.

Au début de l'année 1932, la Fédération décide de fusionner les deux organes, le Comité de législation et le Comité consultatif. Ils forment désormais le Comité d'Études et de Législation, également connu sous l'abréviation de CEL. Dans le cadre de la préparation du 75^e anniversaire du Comité, M^e Rodolphe Eeman décrivait cette union comme « le confluent de deux rivières qui, ensemble, ont fait le fleuve ».

Le CEL a connu de nombreuses évolutions depuis lors. En voici quelques-unes...

Le Comité, à l'origine uniquement composé de notaires, a enrichi sa composition. Dans un premier temps, un certain nombre de professeurs d'université en sont devenus membres. Après une certaine hésitation, les magistrats ont également pu être admis. L'adhésion a ensuite été ouverte à d'autres groupes professionnels, de telle sorte que le CEL se compose aujourd'hui de notaires et de notaires honoraires, de magistrats, de professeurs, d'avocats et de membres de l'administration. Les présidents de Fednot et de la Chambre nationale des notaires sont membres de droit. Certains sont membres correspondants.

Le premier membre féminin du Comité fut la professeure Simone David-Constant de l'Université de Liège, le 18 janvier 1969. Le CEL ne soutient pas la comparaison avec le Parlement fédéral : le 28 décembre 1921 déjà, Marie Spaak-Janson prêtait serment en tant que sénatrice, devenant ainsi la première femme députée en Belgique. Au fil des ans, le CEL a quelque peu rattrapé son retard et la proportion de femmes est en constante augmentation.

À l'origine, les activités du Comité n'étaient pas destinées à être rendues publiques. À partir de 1937, les Travaux du Comité d'Études et de Législation sont publiés et réservés aux notaires. Les rapports plus anciens (de 1932 à 1937) seront rassemblés ultérieurement. Le public visé s'agrandit au fil des années. D'abord, les clercs de notaire en bénéficient, et puis le grand public. Il n'y a pas si longtemps que cela que le célèbre livre jaune s'est offert un lifting complet pour devenir une revue semestrielle.

Les rapports et débats, mais également les conclusions et les éventuels modèles et clauses des dossiers clôturés, sont ainsi plus rapidement disponibles.

Le travail accompli par le Comité au cours du siècle dernier est impressionnant. La rangée de « Rapports et débats », longue d'un mètre et ornant de nombreuses bibliothèques juridiques, témoigne de la quantité de matériel discuté et traité. En termes de contenu, les avis du Comité sont des points d'ancrage absolus, tant dans le monde notarial que bien au-delà, fréquemment consultés et auxquels on se réfère abondamment.

Ce centenaire est également l'occasion de réfléchir aux défis auxquels le Comité est confronté.

Tout comme lors de la création du Comité, l'inflation législative est là. Pensons au *Moniteur belge*, qui, entre-temps, comptabilise actuellement plus de 100.000 pages par an. En outre, la complexité de la législation s'intensifie. L'acquisition de nouvelles informations et le traitement des modifications apportées à la réglementation existante est un travail intensif requérant beaucoup de temps et d'énergie au notaire et, par extension, à l'ensemble de la profession juridique.

La digitalisation a également un impact considérable sur le monde juridique. L'essor des développements technologiques, de l'intelligence artificielle et de l'apprentissage automatique permet d'automatiser les processus, de faciliter l'accès à l'information et d'accroître l'efficacité. La digitalisation du monde juridique place le notaire et, par conséquent, le CEL devant de nouveaux défis.

Que ce centenaire soit une invitation à poursuivre cet échange de vues – en regardant vers l'avenir – sur le rôle du CEL dans le monde actuel en constante évolution.

Cet anniversaire particulier ne va naturellement pas sans félicitations et vifs remerciements à toutes celles et tous ceux qui ont contribué et qui continuent à contribuer à l'importance du Comité d'Études et de Législation dans le monde notarial.

Katrin ROGGEMAN
Présidente de Fednot

VOORWOORD

Tweemaal per jaar vallen de verslagen van het Comité voor Studie en Wetgeving in de bus van alle notariskantoren van ons land. Voor veel notarissen zijn die momenten wellicht de juridische hoogtepunten van het jaar.

Naast het verlijden van akten, maar ook de dagelijkse bekommernissen die notarissen als managers van hun kantoor moeten doorworstelen en de talloze emails die zij moeten beantwoorden, zijn de verslagen van het CSW een welkome verademing. De verslagen laten notarissen immers toe om terug te keren naar de bron, hun “core business”: Juridische analyses van hoogstand niveau, betreffende onderwerpen waarmee elke notaris bijna dagelijks geconfronteerd wordt.

En tegelijk overstijgt het CSW het notariaat.

Dit blijkt vooreerst uit de diverse samenstelling van het comité. Uiteraard maken notarissen traditioneel een belangrijk deel uit van het comité (*noblesse oblige*). Sommigen worden dagelijks nog actief met de problemen van hun cliënten geconfronteerd, anderen kunnen dankzij hun lange ervaring en welverdiende emeritaat de nodige rust en afstand nemen bij het behandelen van een onderwerp. Maar naast notarissen zijn – gelukkig – ook tal van andere juridische beroeps-categorieën in het comité vertegenwoordigd. Uiteraard is er een belangrijke bijdrage van de balie en de magistratuur. Maar ook de academische wereld en verschillende administraties spelen er een belangrijke rol. In deze verscheidenheid brengt elkeen de rijkdom van zijn eigen inzichten, kan elkeen wijzen op de voordelen en de risico's van een standpunt.

Verder bespreekt het CSW niet uitsluitend louter notariële materies. Al zal er doorgaans een notarieel aanknopingspunt zijn, in vele gevallen bespreken de leden van het CSW materies die voor andere juridische beroepen evenzeer relevant zijn. Zulks biedt inhoudelijk ook een interessante en verrijkende kruisbestuiving tussen het notariaat en de andere juridische beroepen. Het notariaat kan aldus beter begrip tonen voor de bekommernissen van zijn professionele collega's. En tegelijk maakt dit het CSW evenzeer relevant voor alle juridische beroepen. In elke juridische bibliotheek, of die nu notarieel of niet is, nemen de verslagboeken van het CSW daarom een prominente plaats in.

Tenslotte bewijst het 100-jarig bestaan van het CSW het belang van deze instelling. De voorzitters en de leden zijn mekaar opgevolgd, maar het belangloos en hoogstaand werk dat de leden van het CSW leveren, is ontegensprekelijk een constante gebleven.

Het wederzijds respect en vertrouwen die de leden van het CSW voor mekaar hebben, vormt de kracht van de instelling. Meninge kunnen botsen, maar dit gebeurt steeds met begrip voor de invalshoek van elkeen. De vriendschap tussen de leden van het CSW vormt bovendien het ware bindmiddel van het comité.

PHILIPPE DE JONGHE

Als voorzitter van de Nationale Kamer van notarissen ben ik dankbaar voor het werk en de inspanningen die de leden van het comité voor het notariaat leveren. De bijdrage die aan de juridische vorming van notarissen geleverd wordt, is uiteraard van groot belang voor de notarissen zelf. Maar er is meer. Door deskundig gevormd te zijn, verbetert de kwaliteit van het werk van notarissen. En daar is onze ganse maatschappij bij gebaat.

Ik wens het CSW een gelukkig eeuwfeest toe, en druk al mijn vertrouwen uit voor de komende 100 jaar !

Philippe DE JONGHE
Voorzitter van de Nationale Kamer van notarissen

PRÉFACE

Deux fois par an, les rapports du Comité d'Études et de Législation sont déposés dans la boîte aux lettres de chaque étude notariale de notre pays. Pour de nombreux notaires, ces moments constituent potentiellement les temps forts de l'année sur le plan juridique.

Au-delà de la passation des actes, mais aussi des préoccupations quotidiennes auxquelles les notaires doivent faire face en tant que gestionnaires de leur étude et des innombrables mails auxquels ils doivent répondre, les rapports du CEL sont une bouffée d'air frais bienvenue. En effet, les rapports offrent aux notaires un retour aux sources, à leur *core business* : des analyses juridiques de haut vol sur des sujets auxquels tout notaire est confronté presque quotidiennement.

Parallèlement, le CEL transcende le notariat.

Tout d'abord, cela se reflète dans la diversité de la composition du comité. Bien entendu, les notaires constituent traditionnellement une partie importante du comité (noblesse oblige). Certains sont encore confrontés quotidiennement et de manière active aux problèmes de leurs clients; d'autres, grâce à leur longue expérience et leur éméritat bien mérité, sont capables de garder leur calme et prendre du recul face à un problème. Cependant, outre les notaires, de nombreuses autres catégories de professions juridiques sont – heureusement – également représentées au sein du comité. La contribution du barreau et de la magistrature est, bien entendu, importante. Le monde académique et les différentes administrations y jouent également un rôle important. Dans cette diversité, chacun apporte la richesse de ses propres connaissances et peut souligner les avantages et les risques d'un point de vue.

En outre, le CEL ne traite pas exclusivement de questions purement notariales. Bien qu'il y ait généralement un lien avec le notariat, les membres du CEL discutent, dans de nombreux cas, de questions qui sont également pertinentes pour d'autres professions juridiques. Sur le fond, cela offre également une pollinisation croisée intéressante et enrichissante entre la profession notariale et les autres professions juridiques. Les notaires peuvent ainsi mieux comprendre les préoccupations de leurs collègues. En même temps, cela rend le CEL tout aussi pertinent pour l'ensemble des professions juridiques. Dans toute bibliothèque juridique, qu'elle soit notariale ou non, les rapports du CEL occupent donc une place de choix.

Enfin, le 100^{ème} anniversaire du CEL prouve l'importance de cette institution. Les présidents et les membres se sont succédé, mais le travail désintéressé et hautement qualitatif des membres du CEL est indéniablement resté une constante.

Le respect mutuel et la confiance que les membres du CEL ont les uns pour les autres constituent la force de l'institution.

PHILIPPE DE JONGHE

Les avis peuvent diverger, mais cela se fait toujours en comprenant le point de vue de chacun. De plus, l'amitié entre les membres du CEL constitue le véritable ciment du comité.

En tant que président de la Chambre nationale des notaires, je remercie les membres du comité pour leur travail et leurs efforts. La contribution apportée à la formation juridique des notaires est évidemment d'une grande importance pour les notaires eux-mêmes, mais ce n'est pas tout. Le fait d'être formé de manière experte améliore la qualité du travail des notaires. Cela profite à l'ensemble de notre société.

Je souhaite au CEL un joyeux centenaire et lui exprime toute ma confiance pour les 100 prochaines années !

Philippe DE JONGHE
Président de la Chambre nationale des notaires

VOORWOORD

DE MOESTUIN LEEFT

Ik ben geen echte tuinman, integendeel. Maar ik houd van de tuin en de opbrengsten ervan, die ik vaak van een of andere moestuinier krijg of die we aan braderijprijzen kopen op de zondagse markt. Daar staan de moestuiniers naast elkaar, ieder met de mooiste resultaten van hun noeste arbeid.

Het zijn hoogtijdagen voor liefhebbers van een moestuin. Spitten, planten, harken, schoffelen, wieden, ... om dan die inspanning – of ontspanning – te zien lonen in een mooie oogst. Het is een arbeid van vroeger en nu. Het Centrum Agrarische Geschiedenis (CAG) zette samen met (erfgoed)partners en moestuiniers het project MOES-tuin op dat moestuinerfgoed wil “verkennen, documenteren, onderzoeken, tonen en verder doen leven”.

Er is niet één soort moestuin, naast de privémoestuin zijn er onder meer de schooltuinen, moestuinen in gezondheids- en welzijnsinstellingen en (stedelijke) samentuinen. Ze dragen ook bij tot een verbetering van ons klimaat, ook van het leef-klimaat.

Moestuiniers hebben één ding gemeen, zij werken samen naast mekaar. Ze zitten niet in elkaars tuin, maar als het nodig is weet men bij wie men terecht kan. Er komt een oplossing. Soms is het wat uittesten en laat de oplossing op zich wachten, maar ze komt er. Soms zijn er verschillende visies, maar dat doet niet af aan het plezier van het moestuinieren. De inspanning loont. Moestuinieren is geen renderende hobby, het is meer een investering in de basis van het leven, in helpen, geven en krijgen. Het is geen échte onderneming, het is investeren in jezelf en in de ander.

DE RECHTSTUIN LEEFT

Wanneer ik over dit initiatief van het Centrum voor Agrarische Geschiedenis las, dacht ik onverwijd aan het Comité voor Studie en Wetgeving.

Alle leden van het Comité zijn verwoede rechtstuiniers. Zij wroeten en delven, spitten en harken, schoffelen en wieden in het recht, om dan die inspanning – of ontspanning – te zien lonen in hun welverdiende oogst. Een duidelijk standpunt, een welgekomen oplossing van een juridisch probleem.

De oogst van het Comité voor Studie en Wetgeving is na honderd jaar nog altijd even actueel. De jaarboeken, thans halfjaarlijkse uitgaven, staan in alle notariële bibliotheken en bieden een oplossing voor de meest diverse problemen die notarissen tegenkomen. Uit de studie van professor Casman en professor Verbe-

ke, “*De probleemoplossende houding van het Comité voor Studie en Wetgeving ten dienste van juridische actoren in de samenleving*”, in deze uitgave, mag voldoende blijken hoe de leden van het Comité zich gedurende de voorbije honderd jaar hebben ingespannen, doorgaans tijdens hun vrije tijd, om de notarissen te helpen bij de nieuwe juridische problemen die zich aanmelden of bij de oude, die terug de kop opstaken.

Ieder lid van het Comité heeft, zoals de moestuinier, zijn specialiteit, zijn bijzondere kennis én de lang opgebouwde traditie om die kennis te verbeteren, te ontwikkelen en zo tot een benijdenswaardig eindproduct te komen. Deze hulp van het Comité laat soms wat op zich wachten. Expertise vraagt nu eenmaal tijd. Maar de besluiten en adviezen worden, zoals de groenten uit de moestuin, gratis aangeboden. Een vriendendienst.

Het Comité voor Studie en Wetgeving werd opgericht op 6 oktober 1923, onder het sterrenbeeld van de weegschaal, een van de symbolen van justitie die het best bij het notariaat past: wikken en wegen.

Honderd jaar later wikt en weegt het Comité nog steeds verder. Dit mag voldoende blijken uit de thans halfjaarlijkse publicatie van zijn debatten en verslagen. Het blijft een grote bron van rechtsleer die, jammer genoeg, onvoldoende bekend is en onvoldoende gebruikt wordt buiten het notariaat. Het zou verstandig zijn moesten de publicaties van het Comité ook ter hand gesteld worden van hoven en rechtbanken. Ze zouden er vaak evenwichtige en goed overwogen besluiten vinden binnen het notariële rechtsdomein, dat enorm groot is.

EEN FEESTBUNDEL

Naar aanleiding van de 50^{ste} verjaardag van het Comité werd er te Brussel een vierdaags congres georganiseerd onder de titel “*Het notariaat, bron van recht en rechtszekerheid*”. Naar aanleiding van de 75^{ste} verjaardag van het Comité werd er een studienamiddag gehouden, “*Notariële akte en voorlezing*”, een uitvoerige internationale studie over een notariële activiteit die thans erg gereduceerd is: “het voorlezen”. Daarmee is vaak ook het lezen verminderd. Men leest thans alleen nog wat men écht nodig heeft, waarbij men vaak de algemene context uit het oog verliest, men kent het hele verhaal niet meer.

Het is zoals bij tuinieren, niet alleen de oogst is belangrijk, belangrijker zijn vaak de voorbereiding, de grond, de bemesting, de juiste keuze van het zaai- en plantgoed. Dat vraagt veel voorafgaande studie en vooral voorzienigheid.

De honderdste verjaardag van het Comité wordt gevierd in kleiner gezelschap in de lokalen van de Belgische Senaat. De eerste reflectiekamer van het land ontvangt de reflectiekamer van het notariaat. Een bijna 200-jarige ontvangt de

100-jarige. De geschiedenis van het Comité en de aard van zijn werkzaamheden zullen er ter sprake komen. Hopelijk geeft dit nieuwe zuurstof en bemesting voor zijn volgende honderd werkjaren.

Om toch het hele notariaat en de buitenwereld te laten meevieren werd aan de leden van het Comité gevraagd en wetenschappelijke bijdrage te leveren voor een feestbundel. Deze bundel heeft u hierbij. Het is bedoeld als een soort stilleven over de onderwerpen die het Comité zoal behandelt, naar het voorbeeld van oude meesters die prachtige stillevens maakten van de vruchten van het veld, de jacht, de zee.

Zo werd het een gevarieerd boek, uit de moestuin van het recht. Alles samen vormen zij een écht feestgerecht, een gediversifieerd feestmenu wordt u aangeboden. Het bewijs dat de rechtstuiers van het Comité voor Studie en Wetgeving alert zijn en zowel hun geschiedenis als de toekomst kennen, alleszins trachten te vatten.

ONDER DE HOGE BESCHERMING VAN ZIJNE MAJESTEIT DE KONING

Zoals bij de 50^{ste} verjaardag van het Comité staan ook deze bijzondere dag en de publicatie onder de Hoge Bescherming van Zijne Majesteit de Koning. De Koning, die de notarissen-titularissen benoemt, als openbare ambtenaren, aan wie gehoorzaamheid gezworen wordt door iedereen die het notarieel ambt, in welke functie ook, zal uitoefenen, en in wiens naam de notarissen iedere dag opnieuw ontelbare grossen afleveren. Het notariaat, meer dan welk ambt ook is verbonden met het staatshoofd. De Hoge Bescherming van Zijne Majesteit is dan ook een steunende hand op de notariële schouder, als blijk van waardering en vertrouwen.

Ik wens iedereen aangenaam grasduinen in de moestuin van het Comité voor Studie en Wetgeving, in de publicatie bij het eeuwfeest. Hopelijk geniet u als lezer evenzeer als de samenwerkende comitéleden bij het zoeken naar oplossingen. Het is een feest!

Aloïs VAN DEN BOSSCHE
Erenotaris te Vorselaar
Voorzitter van de Nederlandstalige Kamer van het CSW
en van het Eeuwfeestcomité

PRÉFACE

LE COMITÉ D'ÉTUDES ET DE LÉGISLATION À L'ÈRE DE LA SOCIÉTÉ DE TRANSITION. *TO BE OR NOT TO BE?*

1. Notre société voit ses paradigmes bousculés sur deux axes fondamentaux :
 - le rapport de l'être humain à la nature et au-delà, à toute forme d'altérité,
 - le rapport de l'être humain à la technologie, notamment à l'intelligence artificielle.

Chacun ressent aujourd'hui l'importance des défis qui se posent à l'être humain et le climat anxigène de ce début de 21^{ème} siècle n'y est pas étranger.

2. Dans un tel contexte, le droit, outil essentiel de régulation de la société en général, et ses acteurs, parmi lesquels les professions juridiques, comme le notariat, n'échappent pas aux interrogations existentielles.

Celles-ci portent principalement sur :

- la place du droit par rapport à l'éthique (la norme juridique doit-elle s'emparer de tout pour permettre à la société de retrouver la sérénité ?),
- et la place du droit par rapport aux idéologies régnantes – essentiellement mais pas exclusivement, marchandes – qui transcendent l'ensemble des modèles politiques (le droit est-il au service de l'économie marchande ou doit-il y résister d'une certaine manière pour restaurer un équilibre, auquel cas il est aussi politique ?).

3. Le notariat n'échappe pas aux tensions induites par ce double questionnement.

Son organisation originale fait figure d'îlot, tandis que se dessine une hypernormalisation de l'accès à la fonction et de l'exercice de celle-ci, rehaussée d'un contrôle de « tous les instants » avec, en toile de fond, comme « planche de salut », l'efficacité comme gage de sa légitimité et de sa modernité.

Sa déontologie, bien que révisée fondamentalement en fin de 20^{ème} siècle, se trouve déjà en prise avec de nouveaux défis (ex. actualité de la protection du faible, équilibre interne entre notaires...).

4. Dans un tel contexte, comment un(e) institution centenaire comme le Comité d'Études et de Législation peut-elle demeurer moderne ?

En se rendant à la fois la plus opérationnelle possible au bénéfice du monde notarial (notaires, collaborateurs(rices)) et des professions avec lesquelles le notariat collabore (avocat, magistrat...) – c'est le sens des réformes portées récemment

aux travaux du CEL-CSW (ex. formes des conclusions, modèles de clause, rapprochement des publications et de leur visibilité...) – mais également constante sur ses fondamentaux : celui d’être avant toute chose la chambre de réflexion des questions juridiques fondamentales qui se posent au notariat.

5. Enfin, affirmons haut et fort que les atouts du Comité d’Études et de Législation sont d’une étonnante modernité :

- sa collégialité et la méthodologie collaborative dont elle s’accompagne entre les membres, ses correspondants et ses collaborateurs(rices), tous avec leurs spécialisation et sensibilité ;
- sa pluralité professionnelle (notaires, magistrats, fonctionnaires et avocats). Le Comité est directement ouvert vers les autres professions juridiques, tout en demeurant ancré dans le notariat ;
- sa pluralité culturelle, issue des trois régions du pays et des milieux urbains comme ruraux, de grosses comme de petites structures ;
- son aptitude naturelle – et les séances du samedi matin n’y sont pas étrangères – à prendre de la hauteur sur les questions juridiques, parfois d’enjeu sociétal, les plus sensibles pour la fonction notariale. Sa capacité voulue à prendre des distances avec des préoccupations immédiatement opérationnelles, à l’instar des hautes juridictions, est consubstantielle de sa raison d’être et est un gage d’équilibre pour la conduite des institutions notariales ;
- et enfin, son autorité car elle est inhérente à la qualité de l’institution et de la passion de ses membres, dont le credo est le sérieux, la responsabilité envers le notariat et l’excellence.

To be or not to be ? To be.

Pierre-Yves ERNEUX
Co-Président du CEL-CSW

HET COMITÉ VOOR STUDIE EN WETGEVING. EEN EEUW DIENSTVERLENING AAN HET NOTARIAAT EN AAN HET RECHT¹

Fred STEVENS

1. WAT VOORAFGING

Tijdens de eerste algemene vergadering van de *Fédération libre des Notaires de Belgique*, op 6 juni 1891, aanvaardde men een voorstel van mr. A. Cardinaël, notaris te Bergen, dat het Comité van de Federatie alle ontwerpen van wetten en hervormingen zou bespreken. De eerste statuten, goedgekeurd op 3 februari 1906, stelden dat de vereniging tot doel had “de traiter et de faire résoudre toutes les questions d’intérêts général pour le notariat, de défendre l’institution en toutes circonstances, de traiter par des mémoires les questions de principe, de prêter aide et assistance aux notaires, de soumettre ces questions à l’autorité judiciaire à tous les degrés ...” Vanaf 18 oktober 1891 lichten tal van omzendbrieven de notarissen in over de nieuwe wetten en rechterlijke uitspraken.

2. HET COMITÉ PERMANENT DE LÉGISLATION

Na de Eerste Wereldoorlog volgden de wetten elkaar in een sterk tempo op. Naast de discussie rond het notarieel ressort, dat pas met de afschaffing van de drie klassen van notarissen in 1927 een oplossing kende, kwamen tal van wetsontwerpen en -voorstellen in de Federatie aan bod. Deze debatten weerspiegelden het verloop van de activiteiten van de wetgever. Hierbij kwam nog dat een groeiend belang werd toegekend aan de administratieve akten in verband met de sekwesters van goederen van de vijand ten nadele van de notariële akten.

¹ FÉDÉRATION DES NOTAIRES DE BELGIQUE, “Le trentième anniversaire du Comité d’Études et de Législation de la Fédération des Notaires de Belgique” in *Travaux du Comité d’Études et de Législation*, 1953, dl. I, p. 270-290; KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN, *Liber memorialis. Comité voor Studie en Wetgeving. Brussel, 25-IV-1973*, Brussel, 1973; KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN, *Liber memorialis. Comité voor Studie en Wetgeving. 1923-1998*, Brussel, (1978); R. EEMAN, *75 jaar Comité voor Studie en Wetgeving. Liber memorialis K.F.B.N.*, 1998, p. 7-12; “Het Comité voor Studie en Wetgeving – De wetenschappelijke denktank van het Belgisch Notariaat”, in *Notarius* 2003, nr. 6, p. 40-44; F. STEVENS en M. VERWILGHEN, *Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen. 1891-1991. Een eeuw ten dienste van het notariaat*, Brussel, 1991; M. VERWILGHEN, “Van schrift naar scherm” in Cl. BRUNEEL e.a. (eds.), *Het notariaat in België van de Middeleeuwen tot heden*, Brussel, 1998, p. 46-47, 223-226.

Dit overzicht is in hoofdzaak tot stand gekomen op basis van gegevens vermeld in *Travaux du Comité d’Études et de Législation*; vanaf 1965: *Travaux du Comité d’Études et de Législation/Werken van het Studie- en Wetgevingscomité*; vanaf 1975: *Travaux du Comité d’Études et de Législation/Verslagen en debatten van het Comité voor Studie- en Wetgeving*.

Op 28 juni (januari?) 1923 stelde mr. Th. Taymans, notaris te Brussel en voorzitter van de Federatie, de oprichting voor “d’une commission permanente appelée à se tenir en relation étroite avec ceux de nos confrères qui ont l’honneur de siéger dans nos chambres législatives, et à étudier d’une façon toute particulière, dès qu’ils sont déposés, les projets de loi qui directement ou indirectement intéressent le notariat”².

De Federatie besliste op 6 oktober 1923 tot de oprichting van een *Comité Permanent de Législation*. Dit had tot doel “d’aider à définir les dispositions législatives dans leur portée pratique pour éclairer nos parlementaires, avant le vote des lois, sur les conséquences des dispositions de celles-ci”. De commissie bestond uit negen leden, één per provincie. Mr. M. Cantoni, notaris te Brussel, werd de eerste voorzitter en mr. L. Ooms, notaris te Tessengerlo, secretaris. De overige leden waren mr. É. Butaye, notaris te Antwerpen, mr. F. Rens, notaris te Geraardsbergen, mr. A. Viaene, notaris te Aarsele, mr. J. Chevalier, erenotaris te Ormignies, mr. P. Poncelet, notaris te Saint-Hubert, mr. E. Grandmoulin, notaris te Auvélais en mr. E. Moreau de Melen, notaris te Luik. De commissie vergaderde voor het eerst op 3 november 1923.

3. HET COMITÉ CONSULTATIF

De naoorlogse toevloed aan wetgeving en de problemen die hieruit voortvloeiden, leidden ertoe dat mr. Th. Taymans, voorzitter van de Federatie, in 1919 een “greffe permanent” in het leven riep waarin alle kwesties die het beroep aanbelangden, zouden worden behandeld. De notarissen maakten grif gebruik van het statutaire raadplegingsrecht en deden vaak een beroep op de deskundigheid van de “wijzen” van het Centraal Comité of van de experten die het aanwees. Initieel trachtte het Bureau zelf de vragen te beantwoorden en rapporten te laten opstellen door één van zijn leden of door een notaris deskundig in de betrokken materie. De toevloed aan vragen leidde ertoe dat men een meer structurele oplossing begon na te streven.

In overleg met de voorzitter, mr. Th. Taymans, stelde de secretaris tijdens de vergadering van het Centraal Comité van 4 januari 1925 de oprichting voor van een *Comité consultatif*. Dit kreeg de opdracht alle juridische vraagstukken te onderzoeken waarover advies bij de Federatie werd gevraagd. Een vrij summiere, doch efficiënte werkwijze werd voorgesteld. Elk lid van het Comité werd om beurt verslaggever gedurende één maand. Binnen de acht dagen nadat de voorzitter hem een vraag had gesteld, moest hij een gemotiveerd (onderlijnd in het verslag) advies indienen. De vraag en het verslag werden op hun beurt be-

² *Liber Memorialis. Brussel, 25-IV-1973 ...* (n. 1), p. 8-9 dateert dit in januari 1923. M. VERWILGHEN, “Ten dienste van het notariaat” in F. STEVENS en M. VERWILGHEN, *Koninklijke Federatie ...* (n. 1), p. 90 stelt dat voorzitter mr. Th. Taymans dit voorstelde op 28 juni 1923. De oprichting op 6 oktober pleit voor deze laatste datum.

zorgd aan de overige leden die binnen de acht dagen hun mening moesten geven. Deze werkwijze werd geïnstitutionaliseerd door de toevoeging van artikel tien aan de statuten³.

Op voorstel van de voorzitter vormden mr. C. Hauchamps, mr. Eugène Moreau de Melen, mr. Jules Chevalier, mr. Jean Peeters en mr. Joseph Fobe de eerste leden van dit Comité. Zijn werkzaamheden namen dermate toe dat vrij snel een wijziging in de werkmethode zich opdroeg: in de loop van 1929 besliste men maandelijks twee verslaggevers aan te duiden. Het toenemend aantal vragen leidde ertoe dat men op 13 april 1929 diende te benadrukken dat het Comité geen consultatiebureau was. Uitsluitend principiële vragen, die het hele notariaat aanbelangden, konden aan bod komen. De efficiëntie van het Comité bleek uit het feit dat in 1931 van de tweeëndertig uitgesproken vonnissen eenendertig zijn stelling beaamden.

4. DE FUSIE VAN HET COMITÉ PERMANENT DE LÉGISLATION EN VAN HET COMITÉ CONSULTATIF

Het *Comité Permanent de Législation* werd veel minder bevraagd dan het *Comité consultatif* zodat op 9 januari 1932 de Federatie onder het voorzitterschap van mr. A. Cols, notaris te Antwerpen, een voorstel goedkeurde om beide comités te fuseren. Dit betekende het begin van het *Comité d'Études et de Législation*. Ook de doelstelling werd geoptimaliseerd. De voorzitter benadrukte ter zake: “L'expérience a démontré qu'il importe d'avoir connaissance des projets de loi, non quand ils viennent en discussion à la Chambre ou au Sénat, mais avant qu'ils soient déposés sur le bureau de nos chambres législatives.”

Het voorzitterschap van het nieuwe Comité werd toevertrouwd aan mr. C. Hauchamps, notaris te Elsene. Het bestond aanvankelijk uit twaalf notarissen, waarvan de juridische kennis algemeen erkend werd⁴. Op 9 april 1932 kwam het Comité voor het eerst samen. Het had een tweeledige opdracht: alle wetsontwerpen die het notariaat konden aanbelangen bestuderen en alle principiële vragen van algemeen belang voor het notariaat onderzoeken. In de jaren na de fusie nam het aantal leden geleidelijk toe door coöptatie.

5. HET VOORZITTERSCHAP VAN MR. EUGÈNE MOREAU DE MELEN (1936-1945)

Op 25 januari 1936 zat mr. C. Hauchamps voor het laatst het Comité voor. Mr. E. Moreau de Melen volgde hem op. Tijdens de vergaderingen van 15 juni en

³ Art. 10: “Il est institué au sein du Comité Central un comité consultatif composé de 5 membres nommés de la même manière que les membres du bureau et non soumis au renouvellement triennal.”

⁴ Deze leden waren mr. Cantoni, mr. Fobe, mr. Grandmoulin, mr. Istas, mr. Moreau de Melen, mr. Ooms, mr. Poncellet, mr. Rens, mr. Taymans, mr. Van Halteren, mr. Vanisterbeek en mr. Viane.

3 juli 1937 kondigde deze de nakende publicatie aan van de werkzaamheden van het Comité. Het eerste boekdeel, *Fédération des notaires de Belgique. Travaux du Comité d'Études et de Législation*, verscheen op 15 juli 1937 bij de Luikse uitgever Georges Thone. Het was niet voor het publiek bestemd. Op voorstel van de voorzitter vermeldde het uitdrukkelijk: "La présente édition des travaux du Comité d'Études et de Législation n'est pas destinée au public, mais seulement aux notaires du royaume. A ce principe, le Comité pourra apporter les exceptions qu'il jugera utiles." Naar aanleiding van de vraag van een advocaat om de publicaties van het Comité te ontvangen, stemden de leden op 12 februari 1938 in met het voorstel van de voorzitter om hierop niet in te gaan, maar integendeel deze verklaring nog te versterken door na "les notaires du royaume" de woorden "qui la reçoivent à titre personnel" toe te voegen. Met betrekking tot de adviezen stelde het boek: "Les avis donnés par le Comité sont gratuits. Ils n'engagent ni celui-ci, ni ses membres." Bovendien meldde het werk: "L'exposé de la question doit être complet et être suivi de l'étude qu'en a faite le notaire consultant et de son avis motivé." Het was duidelijk dat de consultant de netelige dossiers niet zomaar naar het Comité kon doorschuiven.

Op 24 april 1937 verklaarde het Comité zich akkoord met het voorstel van de voorzitter om per nummer van circa 320 pagina's met een oplage van 1.200 exemplaren 15 frank aan de Kamers van Notarissen te vragen. Deze prijs werd verhoogd op 7 maart 1942 tot 30 frank.

Het eerste nummer van 1937 werd ingeleid door een woord van mr. J. Fobe, voorzitter van de Federatie, en een voorstel van werkprogramma door mr. E. Moreau de Melen, voorzitter van het Comité. De aankondiging van nieuwe wetten inzake burgerlijk, fiscaal, notarieel en bepaalde delen van het handelsrecht waren voor hem aanleiding om de missie van opvolging van de wetgeving te benadrukken. Vooral de fiscale vereenvoudiging moest aandachtig worden opgevolgd. Hij had ter zake reeds contact gehad met de koninklijk commissaris Coart-Frésart. Op 3 april 1937 meldde de voorzitter dat hij hem de bemerkingen van het Comité had bezorgd. Om de werkzaamheden van de leden van het Comité inzake de wetgeving te optimaliseren had de voorzitter het opportuun geacht een voorafgaande studie te laten maken van de vraagstukken van fiscaal en civiel recht door twee assistenten van de Luikse Rijksuniversiteit gespecialiseerd in deze materies. Zij moesten adviezen met betrekking tot de hangende zaken opstellen voor de leden van het Comité. Zich baserend op de werkzaamheden van 1933 tot 1936 meende de voorzitter dat hun jaarlijks gemiddeld een vijftiwintigtal vraagstukken zouden worden toevertrouwd. Op basis van hun adviezen moesten de verslaggevers hun rapporten opstellen. De uiteindelijke beslissing lag bij het Comité. Dit reserveerde zich ook de materies betreffende het notariaat, de civiele notariële aansprakelijkheid en de hervorming van de wetgeving. De gepubliceerde dossiers vermeldden telkens het verslag van de assistenten. Claude Renard behandelde de civiele dossiers, Pierre Harmel de fiscale zaken. Hun adviezen werden gevolgd door het rapport van de

notaris(sen)-verslaggever(s) en de uiteindelijke beslissing van het Comité. De voorzitter benadrukte dat inzake het internationaal privaatrecht de kennis van de notarissen van vreemde wetgeving gebrekkig was en dat hieraan verholpen diende te worden. Ook de “relèvement intellectuel” van het notariaat verdiende meer aandacht. Het Comité en zijn leden moesten bij de notarissen maandelijks vergaderingen, studiekringen ... aanmoedigen. Het Comité stemde tevens in met het voorstel van mr. Taymans dat niet alle vraagstukken die het behandelde, gepubliceerd zouden worden.

Op 6 februari 1937 aanvaardde het Comité het voorstel van de voorzitter om aan de verschillende Kamers van Notarissen een kopie van hun principiële tuchtbeslissingen te vragen. Dit moest ertoe leiden op termijn een soort van tuchtcode op te stellen. Op 30 december 1937 diende mr. Moreau de Melen een voorstel in inzake de hervorming van het notarieel tuchtrecht. Na meerdere discussies aanvaardde het Comité een definitief ontwerp op 27 april 1942. Met betrekking tot de consultaties van de Kamers meldde de voorzitter op 13 februari 1942 dat hij slechts van één Kamer een antwoord had ontvangen. Maar nog op 19 september 1953 vroeg hij de voorzitter van de Federatie deze vraag nogmaals bij de Kamers in herinnering te brengen.

Tijdens de vergadering van 24 april 1937 deelde de voorzitter mee dat secretaris Marcel De Smet een andere functie had aanvaard. Als nieuwe secretaris stelde hij Pierre Harmel voor, die tot dan als assistent aan de Luikse Rijksuniversiteit de fiscale kwesties had voorbereid. Nogmaals benadrukte de voorzitter ook de noodzaak van een “croisade d'éducation notariale”.

Op 3 juli 1937 stelde de voorzitter voor nieuwe leden te coöpteren. Twee elementen lagen hieraan ten grondslag. Vooreerst was er een stijgend aantal consultaties. Anderzijds was er het feit dat Vlaamse notarissen vraagstukken en dossiers aanboden in het Nederlands. De voorzitter oordeelde dat deze toevertrouwd dienden te worden aan leden van het Comité die deze taal perfect beheersten. Het voorstel van mr. Mr. Viaene om Joseph Van der Vorst, hoogleraar notarieel en fiscaal recht aan de Gentse rechtsfaculteit, bij het Comité te betrekken, leek hem een goed idee. Mr. Istas stelde dat, indien men Vlaamse confraters wou betrekken bij de werkzaamheden van het Comité, het Frans de gangbare taal moest blijven en de verslagen in die taal opgesteld moesten worden. Tijdens de volgende vergadering werd voor het eerst een studie in het Nederlands door de voorzitter van de Kortrijkse Kamer inzake de herkiesbaarheid van leden van de Kamer wier mandaat beëindigd was, opgenomen in de *Travaux du Comité d'Études et de Législation*. In het vierde nummer van 1939 verscheen voor het eerst een verslag in het Nederlands van de hand van mr. Viaene over een schenking met last in rechte lijn. Dit rapport werd gevolgd door een vertaling ervan *in extenso* door mr. Van der Wielen. Ook in 1940 vertaalde hij het Vlaamse rapport van mr. Papen.

Tijdens de vergadering van 29 oktober 1938 pleitte mr. Fobe om zonder dralen de regering een ontwerp voor te leggen betreffende de plaatsvervanging van notarissen in geval van mobilisatie. Uiteindelijk beslechtte de wet van 7 september 1939 deze zaak. Tijdens de oorlogsjaren, van 1940 tot en met 1945, bleef het Comité vergaderen en verschenen de *Travaux*. Zij verschenen tot 1939 trimestrieel, maar in 1941 werd een enig deel over de activiteiten van 1940 gepubliceerd. Tijdens de latere oorlogsjaren verscheen het verslag respectievelijk in drie (1941-1942) of twee (1943-1944) delen. Voor 1945 verscheen in 1946 opnieuw een enig boekdeel. Twee delen van de *Travaux* verschenen jaarlijks vanaf 1946 tot 1951, toen opnieuw slechts één nummer werd gepubliceerd.

Op 29 augustus 1940 kaartte mr. Taymans de vraag aan of, gelet op de nieuwe corporatieve tendensen, het niet wenselijk zou zijn de feitelijke vereniging *Fédération des Notaires belges* om te vormen tot een vzw. Tijdens deze vergadering van 5 april 1941 kwam ook voor het eerst de oorlog aan bod, met name in een dossier betreffende de verkoop van een onroerend goed beschadigd door dit conflict. Tijdens deze vergadering meldde de voorzitter dat hij aan alle leden van het Comité, die geen abonnement hadden op de *Revue pratique*, een exemplaar zou bezorgen van het nummer waarin alle decreten en ordonnanties sinds 10 mei 1940 waren opgenomen die het notariaat aanbelangden. Op 24 mei 1941 gaf de voorzitter een overzicht van de Duitse ordonnanties met betrekking tot de goederen *dites ennemies*, de verklaringen hieromtrent, de deviezen en de betalingen aan het buitenland of een buitenlander. De Duitse regelgeving kwam frequent aan bod: zo werd op 22 november 1941 het besluit van 3 juli 1940 betreffende de beperking van de prijzen en de ordonnantie van 2 september 1941 betreffende de uitgifte van aandelen en obligaties uitgebreid besproken. Tijdens die vergadering van 5 april 1941 werd ook voor het eerst melding gemaakt van de toepassing van de ordonnantie van 28 oktober 1940 betreffende de joden. Deze bepaalde dat elke juridische akte met tot voorwerp het handelsfonds of het geheel van goederen toebehorende aan een joodse onderneming slechts geldig was mits voorafgaande goedkeuring. Andere gevolgen van de oorlog, zoals de vraag of procuraties van Belgische krijgsgevangenen in Duitsland als authentiek konden worden beschouwd indien zij gelegaliseerd waren door de krijgsc commandant of de vraag naar huwelijken en huwelijkscontracten bij procuratie van krijgsgevangenen, werden besproken. Maar ook de oorlogsgevolgen voor het notariaat zelf kwamen aan bod. Zo behandelde het Comité op 13 juni 1942 de problematiek van de evaluatie van vernietigde notariële protocollen.

Het Comité honoreerde de vraag van mr. Istas om zijn ontslag als lid van het Comité op 7 maart 1942 initieel niet. De voorzitter stelde hierop voor om een nieuwe categorie van leden, de “emeriti”, in het leven te roepen: oudere leden met meer dan tien jaar lidmaatschap van het Comité of die de ouderdom van zeventig jaar hadden bereikt en die vrijblijvend toch nog konden blijven deelnemen aan de werkzaamheden. Op 13 juni 1942 werd mr. Istas de eerste emeritus van het Comité. Tijdens deze vergadering nam het Comité ook een beslissing

inzake het aandeel dat de Federatie zou dragen in de kosten van de processen die zij steunde. Indien de Federatie tussenkwam om een notaris bij te staan in een geschil dat het notariaat aanbelongde, zou zij, bij succes, de helft van de advocaatkosten betalen; de consultant diende de andere helft te betalen. Bij verlies van het proces diende de Federatie alle advocaatkosten te dragen. De kosten van pleitbezorgers vielen evenwel niet ten laste van de Federatie. Wel kon het Comité bij een speciale beslissing besluiten tot een grotere participatie in de kosten bij een proces belangrijk voor het notariaat.

In de loop van 1942 keurde het Comité een reglement van orde goed. Artikel één stelde dat de eerste samenstelling van het Comité werd verkozen door de *Assemblée constitutive* van de Federatie. Het Comité, dat zijn aantal leden kon vermeerderen, bestond uit minstens tien leden, die ook buiten de Federatie konden worden verkozen. Nieuwe leden werden aangeduid door coöptatie. Het Comité moest in zijn midden een Bureau verkiezen, zijn reglement van inwendige orde goedkeuren en de werken publiceren. Elk lid dat tot driemaal toe zonder geldige reden afwezig was, werd als ontslagnemend beschouwd. Artikel twee definieerde de activiteiten van het Comité: enerzijds de studie van de wetgeving die verband hield met het notariaat en anderzijds het bestuderen van principiële kwesties en zaken van algemeen belang voor het notariaat. De adviezen waren gratis en verbonden noch het Comité noch zijn leden. Artikel drie stelde dat er jaarlijks minimum vier vergaderingen waren, die plaatsvonden om 10.30 uur in het *Hôtel de la Compagnie des Notaires de Bruxelles* of, indien dit niet mogelijk was, op een andere plaats te Brussel aangeduid op de uitnodiging. Artikel vier handelde over de correspondentie met de consultants. Notarissen die een advies vroegen dienden hun vraag aan de voorzitter in vier exemplaren te bezorgen samen met hun eigen studie en gemotiveerd advies over de problematiek. Artikel vijf betrof de werkmethode. Die voorzorg in de aanduiding van een verslaggever voor elke kwestie of studie van een ontwerp van wet. Deze gaf zijn rapport aan de voorzitter. Het hele dossier moest minstens vijftien dagen vóór de vergadering worden bezorgd aan alle leden, die binnen de acht dagen de voorzitter hun advies moesten geven. De beslissing om al dan niet een rechtsgeding te beginnen, diende met een tweederdemeerderheid genomen te worden. Artikel zes organiseerde het secretariaat en bepaalde verder dat, naargelang de belangrijkheid van de zaak, de proces-verbalen van de vergaderingen in principe semestrieel gepubliceerd zouden worden voor zover het vertrouwelijk karakter van het dossier dit niet verhinderde. Deze publicaties waren niet bestemd voor het publiek maar uitsluitend voor de notarissen en de door het Comité *nominatim* aangeduide instellingen en personen. Het gebruik van deze publicaties in administratieve en gerechtelijke aangelegenheden was onderworpen aan de schriftelijke toelating van de voorzitter. Bij het begin van elk jaar moesten de penningmeesters van elke Kamer van Notarissen een lijst bezorgen van alle notarissen van hun arrondissement aan de voorzitter van het Comité en de penningmeester van de Federatie. Zij moesten tegelijkertijd de abonnementen van de *Travaux* betalen. Tot slot voorzorg artikel zeven voor de notarissen “habitant la province” in een vergoeding van het treinticket.

In het tweede volume van 1942 van de *Travaux* werden voor het eerst de trimestriële rapporten van mr. Fobe, voorzitter van de Federatie, aan het *Comité central* gepubliceerd. In 1942 bevatten de verslagen de recente wetgeving, de evolutie van de rechtspraak evenals richtlijnen. Omwille van de papierschaarste verscheen het rapport van de voorzitter van de Federatie aan het *Comité central* van 7 april 1944 niet in het eerste nummer van 1945. Een kort uittreksel ervan verscheen pas in het eerste nummer van 1946. In 1947 werd de titel van de *Travaux* omgevormd tot *Travaux du Comité d'Études et de Législation et rapports du Président de la Fédération*. Dit eindigde met het verslag van mr. E. Moreau de Melen, intussen voorzitter van de Federatie, aan het *Comité central* van 17 april 1948. Dit was het laatste verslag dat verscheen in de *Travaux*. Het verslag van het Centraal Comité van 18 januari 1948 was eveneens het laatste dat hierin verscheen. Gedurende de volgende jaren werden de verslagen verspreid in de vorm van stencils. Het derde nummer van de *Travaux* van 1942 bevatte een overzicht van de processen die gesteund werden door het *Comité d'Études* van 1932 tot 15 december 1942. Hieruit bleek dat bij de definitief beslechte zaken 24 geschillen “gewonnen” werden tegenover twee “verloren”. Meerdere zaken bleken echter nog hangende in beroep, verwezen door Cassatie of zonder gevolg gerangschikt.

Op 3 april 1943 stelde de voorzitter zijn voorzitterschap ter beschikking. Op vraag van het Comité zou hij zijn functie gedurende de ganse oorlogperiode blijven uitoefenen. Tijdens het eerste semester van 1943 werd binnen het *Comité d'Études* een commissie in het leven geroepen, bestaande uit mr. Moureau, mr. Taymans en mr. Boland, om in het licht van de naoorlogse situatie de kwesties die het notariaat aanbelangen, te bestuderen. Tot deze problematiek behoorden de werving van het notariaat, de tuchthervorming, de aantasting van de notariële functies en de unificatie van de notariële tradities.

Het eerste nummer van 1944 verscheen laattijdig omdat bij het drukken de bezetter een voorafgaande toelating als noodzakelijk had beschouwd. Het Comité weigerde op deze eis in te gaan; alle voorafgaande nummers waren zonder een dergelijke toelating verschenen. Op 26 februari 1944 meldde de voorzitter dat het Comité weldra zijn 600e dossier zou behandelen. Op 16 december 1944 stemde dit in met een voorstel van de voorzitter om een abonnement op de publicaties van het Comité ook mogelijk te maken voor de meester-klerken en eerste klerken. Ook de vraag van het ministerie van Financiën om de werken van het Comité te verkrijgen, werd positief beantwoord. De jaarlijkse bijdrage voor de *Travaux* van het Comité werd verhoogd tot 60 frank. Tijdens de vergadering van 19 mei 1945 meldde de voorzitter dat de nummers van de *Travaux* die vernietigd waren door de brand van de Leuvense universiteitsbibliotheek opnieuw waren bezorgd aan deze instelling. Op 19 mei 1945 droeg mr. E. Moureau de Melen, die op 7 april 1945 voorzitter was geworden van de Federatie, zijn voorzitterschap over aan mr. A. Taymans, eerste vicevoorzitter van het *Comité d'Études*.

6. HET VOORZITTERSCHAP VAN MR. ANDRÉ TAYMANS (1945-1948)

Van het begin van zijn voorzitterschap pleitte mr. A. Taymans voor een uitbreiding van het Comité. Niettegenstaande het lidmaatschap principieel was voorbehouden aan notarissen, aanvaardde het Comité tijdens de zitting van 25 mei 1946 zijn voorstel om, naast mr. Van Caillie, voorzitter van de Kamer van Brugge, Jean Baugniet, hoogleraar aan de Brusselse universiteit en Jean Van Houtte, hoogleraar aan de Gentse en aan de Luikse universiteit, als nieuwe leden op te nemen. Mr. Moreau de Melen bleef ook als voorzitter van de Federatie actief binnen het Comité. Dit bleek uit het feit dat op zijn vraag het ontwerp van pachtcontract als eerste punt op de dagorde van 11 mei 1946 werd gezet. Hij leidde persoonlijk het debat in. Voorzitter mr. A. Taymans meldde op 27 juli 1946 dat de commissie, ingesteld om dit ontwerp te bestuderen, haar werkzaamheden had beëindigd.

Bij de goedkeuring van de statuten als vereniging zonder winst oogmerk van de “Federatie der Notarissen in België” op 5 oktober 1946 bepaalde artikel 19 dat het Bureau van het Comité het Centraal Comité van de Federatie op de hoogte zou houden van zijn activiteiten.

Het voorzitterschap van mr. Taymans duurde echter niet lang, want na drie jaar, in 1948, werd hij verkozen tot voorzitter van de Federatie. Omdat hij beide functies niet cumuleerbaar achtte, nam hij ontslag als voorzitter van het Comité.

7. HET VOORZITTERSCHAP VAN MR. GEORGES POLET (1948-1964)

Vicevoorzitter mr. G. Polet werd op 22 mei 1948 tot nieuwe voorzitter verkozen. De vergadering stemde op 11 september 1948 in om de belangrijkste studies die aan bod waren gekomen tijdens de vijf jaar vóór de eerste publicatie van de *Travaux* in 1937, dus onder het voorzitterschap van mr. Hauchamps, te bundelen en uit te geven.

Op 4 december 1948 bespraken de leden een voorstel van wijziging aan het reglement van inwendige orde van 1942. De vermelding dat elk lid dat tot driemaal toe afwezig bleef zonder geldige reden als ontslagnemend werd beschouwd, werd aangepast door de toevoeging van “[Le Comité] peut déclarer”. Aan artikel twee inzake het begin van de vergadering om 10.30 uur werd nu “généralement” toegevoegd. Bij alinea twee werden de woorden “en cas d’impossibilité” en “Bruxelles” geschrapt. Bij artikel vijf dat stelde dat het dossier minstens vijftien dagen vóór de vergadering aan alle leden moest worden bezorgd, voegde men in 1948 de woorden “autant que possible” toe. Artikel zeven dat de verspreiding van de *Travaux* beperkte tot de notarissen leidde tot enige discussie. Professor Van Houtte stelde dit in vraag. De *Travaux* waren immers toegankelijk

in de bibliotheken van de universiteiten en van de ministeries. Hoewel de voorzitter meende dat de naleving van dit artikel moeilijk te controleren viel, pleitte hij voor het behoud “pour éviter des abus”.

Het tweede nummer van 1948 bevatte een overzicht van de rechtsgedingen van 16 december 1942 tot 21 februari 1948. Opnieuw bleek de deugdelijkheid van de adviezen: tegen 42 “gewonnen” zaken stonden slechts vijf “verloren” zaken.

Op 29 januari 1949 acteerde men het ontslag van Harmel als secretaris. Hij werd in die functie opgevolgd door Gentse advocaat P. Kluyskens, zoon van de bekende civilist. Harmel, die op 5 maart 1948 tot eresecretaris werd benoemd, bleef wel actief lid van het Comité. Tijdens deze vergadering kaartte de voorzitter de abonnementsprijs voor 1948 en 1949 aan. Mr. Van Beneden stelde voor deze fors te verhogen van 60 frank naar 500 frank. Dit leek hem het beste middel om het aantal aanvragen te beperken. Mr. Moreau de Melen vond dit ondemocratisch en stelde 250 frank voor. Uiteindelijk volgde het Comité het voorstel van de voorzitter: 300 frank. Op 19 juni 1954 meldde de voorzitter dat P. Harmel, die tot 12 april 1954 minister van Openbaar Onderwijs was, zijn activiteiten binnen het Comité wou hervatten.

Helaas moest de voorzitter op 24 september 1949, naast een zeker absentisme, ook een laattijdige inlevering van de verslagen vaststellen. Hij pleitte voor een minimum aan discipline. Maar al op 14 januari 1950 moest hij nogmaals aandringen op een tijdige inlevering van de rapporten. Het Comité aanvaardde op 22 november 1952 zijn voorstel dat de afwezigheid van een verslaggever geen reden tot uitstel van een dossier kon zijn.

Op 4 juli 1952 diende Kluyskens zijn ontslag als secretaris in. Tijdens de vergadering van 13 september meldde de voorzitter dat hij tevergeefs een potentiële kandidaat-secretaris had gezocht. Naast de vereiste wetenschappelijke kennis bleek vooral de noodzaak van een perfecte tweetaligheid een ernstige hinderpaal. Maar op 11 oktober 1952 kon de voorzitter melden dat hij de kandidatuur had ontvangen van Possoz, zoon van wijlen mr. Possoz.

De Federatie vierde op 10 oktober 1953 de dertigste verjaardag van het *Comité* in aanwezigheid van de ministers van Justitie en van Openbaar Onderwijs. Bijzondere hulde werd gebracht aan mr. Moreau de Melen en mr. Grandmoulin, leden sinds de oprichting. Tijdens deze plechtige viering schetste mr. Leclef een overzicht van de geschiedenis van het Comité. In zijn toespraak benadrukte de voorzitter dat naast de gepubliceerde 993 adviezen er ook nog de *travaux polygraphiés* onder het voorzitterschap van mr. Hauchamps waren. Van de 144 rechtsgedingen werden er 76 “gewonnen”, waarvan zeven in cassatie en slechts twaalf “verloren”. De overige rechtszaken waren beëindigd door stopzetting of dading, terwijl er nog vier zaken aanhangig waren. Op 16 januari 1954 deed de voorzitter het ontslag van mr. Grandmoulin mee. Met diens overlijden

op 16 november 1962 verdween de laatste van de stichters van het *Comité Permanent de Législation*.

De publicatie van de dossiers kwam op 22 januari 1955 aan bod. Uitgaande van de vaststelling dat meerdere dossiers omwille van hun gevoeligheid niet gepubliceerd werden en dus de informatie beperkt bleef tot enkele personen, stelde mr. Le Hon voor de publicatie op verzoek van de vragende notaris slechts één jaar op te schorten. Na die termijn zou, behoudens tegengestelde beslissing, het dossier publiek worden. De voorzitter vond deze nota te rigide. Het Comité stemde in met zijn voorstel om hier geen termijn te bepalen. Op 31 januari 1959 kwam mr. Le Hon op deze problematiek terug. Hij stelde vast dat een groot aantal dossiers onuitgegeven bleef omdat men uit eerbied voor de verzoekende notaris de publicatie opschortte, terwijl deze notaris, op basis van het werk van het Comité, een voordelige dading afsloot zonder dit te melden aan het Comité zodat het dossier in de lade bleef liggen. Hij stelde opnieuw een uitstel van één jaar voor. Eens deze termijn voorbij en bij gebreke van een nieuw verzoek zou het dossier naar de drukker gaan. Mr. Baugniet benadrukte hierbij dat deze dossiers niet openbaar konden worden gemaakt zonder ze te “depersonaliseren” en slechts in zoverre zij “travaux de doctrine” betroffen. Nog op 28 januari 1960 herinnerde mr. Le Hon nogmaals aan een uitspraak van mr. Hauchamps die op 7 januari 1933 stelde dat het Comité geen “bureau de consultations” was. Opnieuw betreunde hij dat vele dossiers niet gepubliceerd werden en de verzoekende partijen het Comité gebruikten voor hun persoonlijke belangen. Na een korte bespreking besliste het Comité dat alle dossiers die het werden voorgelegd, gepubliceerd zouden worden. Enkel de publicatie van de zaken die nog in een rechtsgeding waren verwickeld, zou worden uitgesteld tot na de definitieve uitspraak.

Tijdens de vergadering van 26 januari 1957 werd een brief voorgelezen waarin mr. Polet na negen jaar voorzitterschap, zijn mandaat ter beschikking stelde van het Comité. Dit weigerde bij acclamatie het ontslag en bevestigde hem in zijn functie als voorzitter.

Op 28 september 1963 verwelkomde voorzitter mr. Polet professor Willy Delva van de Rijksuniversiteit te Gent. Het was de eerste installatie die in beide landstalen geschiedde. Delva behoorde tot de eerste generatie van volledig in het Nederlands opgeleide juristen. Reeds tijdens de vergadering van 16 november 1963 bracht hij in het Nederlands een verslag uit. Op te merken valt dat dit rapport, dat het Comité goedgekeurde, niet in het Frans werd vertaald.

Na 16 jaar voorzitterschap werd op 24 oktober 1964 de vraag van de voorzitter tot zijn ontslag besproken. Het Comité had dit reeds tweemaal geweigerd. Vicevoorzitter mr. Rens bracht onder de aandacht dat, indien het Comité het ontslag aanvaardde, het tijdens de volgende zitting een nieuwe voorzitter en vicevoorzitter moest verkiezen. Mr. Janssens vroeg het Comité zijn suggestie

om het ontslag niet te aanvaarden, maar in overweging te nemen de voorzitter twee assessoren toe te wijzen. Op 5 december 1964 verwierp voorzitter mr. Polet dit voorstel. Volgens hem moest een “Président effectif” het Comité voorzitten. Tijdens een middagmaal in de *Cercle Gaulois* te Brussel op 9 januari 1965 werd mr. Polet gevierd.

8. HET VOORZITTERSCHAP VAN MR. PIERRE WATELET (1964-1981): EEN KANTELEND TIJDPERK

8.1. DE ORGANISATIE VAN HET COMITÉ

Tijdens de vergadering van 5 december 1964 stelde voorzitter mr. Polet de kandidatuur als nieuwe voorzitter voor van mr. P. Watelet, indien de functies van de twee vicevoorzitters door Nederlandstalige leden zouden worden opgenomen. Hierbij suggereerde hij om, naast mr. Robert Rens, ontslagnemend vicevoorzitter, als eerste vicevoorzitter, de kandidatuur van mr. A. Van Hoestenberghé, notaris te Jabbeke, als tweede vicevoorzitter in overweging te nemen. Unaniem aanvaardde het Comité dit voorstel. Op 16 januari 1965 werden mr. Watelet en mr. Van Hoestenberghé door mr. Rens plechtig geïnstalleerd. Na het dankwoord van mr. Watelet, nam de kersverse ondervoorzitter Van Hoestenberghé het woord. Hij bepleitte een actieve deelname van het notariaat aan het Nederlandstalig rechtsleven, rechtstaal en rechtsdenken.

Op 13 januari 1968 keurde het Comité de nieuwe vorm van publicatie met een samenvatting in de andere landstaal goed. Op initiatief van mr. W. Janssens, notaris te Antwerpen, had op 8 juni 1968 de eerste vergadering van het Comité niet in Brussel maar in het Notarishuis te Antwerpen plaats.

8.1.1. De “splitsing” van het Comité in twee Kamers (22 september 1968)

Bij het begin van het werkjaar 1968-1969, op 14 september 1968, kondigde de voorzitter de “splitsing” (in het Nederlands in de Franse tekst) aan van het Comité in twee Kamers, als gevolg van “l’insistance et l’aimable pression de certains de nos collègues d’expression néerlandaise”. Hij stelde dat de notarissen in het noorden van het land de eersten waren om dit te betreuren, maar dat deze erop wezen dat de nieuwe generaties jonge notarissen, opgeleid in een “unilinguisme rigide”, er niet meer in slaagden zich uit te drukken in een taal die de hunne niet was, of zelfs geen kennis konden nemen van de publicaties van het Comité. Deze wijziging was reeds aangekondigd op 4 november 1967 en impliceerde een grondige aanpassing van het reglement van inwendige orde. De voorzitter hoopte dat alle leden van het Comité de vergaderingen van de twee Kamers zouden bijwonen en hun kennis van de andere landstaal perfectioneren. Bij het bestuderen van het ontwerp vroeg de voorzitter bijzondere aandacht voor twee punten. Vooreerst diende het Comité één te blijven. Bepaalde bijzondere beslis-

singen zouden slechts genomen kunnen worden na het advies van alle leden. Een tweede punt was delicaat. Sommige leden van het Bureau wensten dat de dossiers van een taalregio zouden worden behandeld in de taal van die regio of dat de leden van een taalregio noodzakelijkerwijze verbonden zouden zijn met de Kamer die deze taal hanteerde. Tijdens de bespreking van het reglement van inwendige orde kaartte de voorzitter twee belangrijke punten aan. Een eerste betrof het lidmaatschap van de Kamer: hij stelde voor dat dit zou afhangen van de “appartenance linguistique” van de betrokkene. Leden uit de Brusselse agglomeratie en universiteitsprofessoren dienden evenwel de keuzemogelijkheid te hebben. Alle notarissen konden de vergaderingen van de andere Kamer bijwonen en hadden er stemrecht. Een tweede probleem betrof de taal waarin de dossiers zouden worden ingeleid. Op basis van een tekst opgesteld door het Bureau werd het ontwerp verder bediscussieerd op 12 oktober 1968. Men bevestigde een termijn te handhaven tussen de voorstelling van benoeming van een nieuw lid en de stemming over zijn coöptatie. De vraag van mr. Dechamps naar een mogelijke coöptatie van een magistraat werd door de voorzitter negatief beantwoord. Volgens mr. De Bounge zou de magistratuur dit niet toegelaten. Voor professor Spanoghe was dit overigens in strijd met de deontologie. Toch zou erenotaris Rens, voorzitter van de Nederlandse Kamer, op 22 mei 1976 de vergadering meedelen dat staatsraad en professor G. Baeteman bereid was om lid te worden. Hij werd op 8 januari 1977 als eerste magistraat gecoöpteerd door deze Kamer, beslissing die werd goedgekeurd door de Plenaire Kamer op 12 maart 1977. Bij de bespreking van het nieuwe reglement op 12 oktober 1968 stelde de voorzitter een beurtwisseling voor van het voorzitterschap door de voorzitter van de Franse en Nederlandse Kamer. De suggestie van professor Schreuder om elke Kamer de dossiers van de andere Kamer te laten bespreken en aldus de eenheid van jurisprudentie te behouden, weerhield men niet omwille van de vertragingen die hieruit zouden voortvloeien. Om enige cohesie te behouden, besliste men de besluiten van elke Kamer te bezorgen aan de andere Kamer. Als de voorzitter het dan nodig achtte, kon hij die zaak bij zijn Kamer aanhangig maken. Elke voorzitter had overigens ook de bevoegdheid elk dossier van een Kamer aan de plenaire zitting voor te leggen. Mr. E. Van Hove, voorzitter van de Federatie, wees verder op het feit dat men in de toekomst rekening zou moeten houden met de respectieve bevoegdheidsverdeling tussen het Comité, de *Centrale Informatiedienst*, opgericht op 10 juni 1968, en de *Nationale Kamer van Notarissen*, voorzien in het wetsontwerp ingediend in de Senaat op 30 september 1964.

Naast mr. Watelet, voorzitter van het Comité en van de Franse Kamer, en J. Possoz, secretaris, werden op 23 november 1968 in de Nederlandse Kamer mr. R. Rens tot voorzitter, mr. A.E. Van Hoestenbergh tot vicevoorzitter en J. De Mey tot secretaris benoemd, terwijl in de Franse Kamer mr. L. Raucant vicevoorzitter werd. Tijdens de vergadering van 21 december 1968 werd de eerste vrouw, professor Simone David-Constant van de Luikse Rijksuniversiteit, als nieuw lid gecoöpteerd. Haar installatie vond plaats op 18 januari 1969. Zij zou haar ontslag als lid van de Franse Kamer aanbieden tijdens de vergadering van 6 maart 1982.

Op 18 januari 1969 besliste men, op voorstel van mr. Van Hoestenbergh, het ontwerp te laten nalezen door taalkundigen van het ministerie van Justitie. Ook stemde de vergadering in met de Nederlandstalige benaming “Studie- en Wetgevingscomité” te wijzigen in “Comité voor Studie en Wetgeving” (CSW). De herziene tekst werd besproken op 22 maart 1969. Het definitieve “Huishoudelijk reglement” stelde dat het Comité samengesteld was uit minstens twintig en ten hoogste dertig leden. Nieuwe leden moesten worden gecoöpteerd. Ieder lid dat zonder kennisgeving driemaal afwezig was geweest, kon door het Comité als ontslagnemend worden beschouwd. Het Comité bestond uit twee Kamers, een Nederlandse en een Franse. Elke Kamer telde ten minste tien leden. Een Bureau, benoemd door het Comité, was samengesteld uit de twee kamervoorzitters, twee ondervoorzitters, de secretaris en de adjunct-secretaris van het Comité. Het voorzitterschap werd waargenomen door de kamervoorzitters en voor het eerst door de voorzitter van de Franse Kamer, vervolgens, bij vacature, door de voorzitter van de Nederlandse Kamer en zo beurtelings verder. Bij de aanvang van ieder academiejaar hield het Comité zitting met Verenigde Kamers om het verslag te aanhoren van de voorzitter of diens vertegenwoordiger. Het Bureau kon een dergelijke vergadering ook bijeengeroepen wanneer het dit nodig achtte. Ze moest worden bijeengeroepen indien in een Kamer geen twee derde van de aanwezige leden werd bereikt of indien een kamer een advies uitbracht dat afweek van het advies dat de andere Kamer reeds had uitgebracht over dezelfde kwestie. Met betrekking tot de werkmethode werden de zaken op een enkele rol gebracht en door de secretaris, op advies van de voorzitter van het Comité, toegewezen aan de Kamer waar de verzoekende notaris zijn standplaats had, of, bij gebreke daarvan, aan de Kamer met dezelfde voertaal als het dossier. Ingeval de consultant zijn notariële standplaats had in een tweetalig gebied, was de Kamer bevoegd volgens de taal waarin de vraag was ingediend.

Tijdens de vergadering van 18 januari 1969 motiveerde mr. Van Hoestenbergh de splitsing van het Comité in twee Kamers. Reeds tijdens een verklaring aan de afgevaardigden bij de algemene vergadering van de Federatie, op 19 oktober 1968, kondigde hij “de geboorte van een tweeling aan uit de schoot van het Comité, met affirmatie van de binding in het ene gezin”. Hij wou hij het notariaat laten aansluiten bij de uitbouw van de Nederlandstalige rechtswetenschap in België. Hij beschouwde het als onaangepast dat een bron als die van het Comité voor Studie en Wetgeving niet ten volle het notariële rechtsleven in Vlaanderen zou weerspiegelen. Nog op 13 februari 1971 betreurde hij dat de doctrinale studies in het *Tijdschrift voor Notarissen* niet gelezen werden door Franstalige notarissen.

Tijdens de vergadering van 17 maart 1973 kondigde de voorzitter de viering aan van de vijftigste verjaardag van het Comité met een notarieel congres, dat zou plaatsvinden van 2 tot 5 april 1973 met als thema “Het notariaat, bron van recht en rechtszekerheid”. In zijn toespraak gaf hij een niet exhaustieve opsomming van de wetten waarbij het Comité een determinerende rol had gespeeld. Hoewel het Comité nooit had willen arbitrerende in juridische conflicten, stelde

hij met genoegen vast dat zijn adviezen ter zake frequent gevolgd werden. Hij eindigde zijn toespraak met *nominatim* de verdiensten van alle leden in functie op 31 december 1972 te belichten. Tijdens een persconferentie ter gelegenheid van het congres benadrukte voorzitter mr. Watelet dat in 97 % der gevallen aan de rechtbanken onderworpen, het advies van het Comité werd gevolgd. Ter gelegenheid van die vijftigste verjaardag verscheen een *Liber memorialis*. Dit bevatte, naast een historiek van het Comité, ook een opsomming van alle personen die binnen dit orgaan werkzaam waren geweest. Van elkeen onder hen was er een korte biografische nota en een opsomming van hun voornaamste publicaties.

8.1.2. Het reglement van inwendige orde van 7 september 1974: twee autonome kamers

Een nieuw huishoudelijk reglement werd vastgelegd op 7 december 1974. Het Comité was nu samengesteld uit twee autonome Kamers: een “Franse Kamer” en een “Nederlandse Kamer”. Elke Kamer telde ten minste tien en ten hoogste vijftien leden. Iedere Kamer coöpteerde haar leden; deze coöptatie werd ter goedkeuring voorgelegd aan de eerstvolgende plenaire vergadering. Onder voorbehoud van bekrachtiging door de eerstvolgende plenaire vergadering kon elke Kamer een lid ontslaan die zonder geldige reden op drie achtereenvolgende vergaderingen afwezig was geweest. Tot welke Kamer men behoorde, was afhankelijk van de persoonlijke keuze voor de notarissen in een tweetalige standplaats, evenals voor professoren en andere niet-notarissen-leden. Voor de notarissen en erenotarissen was hun standplaats determinerend. Elk lid mocht de besprekingen van de andere Kamer bijwonen maar had nu slechts een raadgevende stem. In beide Kamers had de voorzitter van de Federatie een beslissende stem. Elke Kamer had zijn Bureau, bestaande uit een voorzitter, ondervoorzitter en een secretaris. Het Bureau van het Comité bestond uit de voorzitters, ondervoorzitters en secretarissen van beide Kamers. De voorzitter van de Federatie die de vergaderingen bijwoonde, had raadgevende stem. Het voorzitterschap van het Comité en van zijn Bureau kwam beurtelings toe aan een lid van de Franse en Nederlandse Kamer en wisselde om de zes jaar op 1 september. Als overgangsmaatregel fungeerde de voorzitter van de Franse Kamer als voorzitter tot 1 september 1980. De Kamers, die niet gelijktijdig konden bijeenkomen, vergaderden minstens viermaal per jaar. Bij het begin van elk academiejaar en ten minste eenmaal in de loop van het jaar diende het Comité bijeen te komen in een plenaire vergadering. Het nieuwe reglement behield de oude regels inzake de werkzaamheden van het Comité, de werkmethode en de financiële tussenkomst van de Federatie. De publicatie van de dossiers gebeurde in één taal, maar bevatte een bondige samenvatting, in feite en in rechte, in de andere landstaal. De titels en inleidende mededelingen, alsook de inhoudstafel van elke publicatie, waren in beide landstalen.

Het Bureau van 7 januari 1976 besprak de te volgen werkmethode binnen het Comité. Voor de dossiers inzake wetgeving moest elke Kamer een verslaggever aanduiden. Voor dossiers van algemeen belang die op de plenaire vergadering moesten worden besproken, zou één verslaggever uit één Kamer worden aangeduid. De andere Kamer kon evenwel ook een verslaggever aanstellen. Gezien de autonomie van beide Kamers konden zij deze dossiers vóór de plenaire vergadering bespreken. Het Bureau zou bij de Federatie aandringen om licentiaten/doctors in de rechten aan te werven, die parttime het secretariaat van elke Kamer zouden helpen. Zij zouden in de eerste plaats de verslaggevers moeten documenteren.

Op 6 maart 1976 verwelkomde de Nederlandse Kamer mevrouw Hélène Casman die door de Federatie was aangeworven als wetenschappelijk medewerker van het Comité. Zij zou ook instaan voor het opstellen van de verslagen van de vergaderingen, de publicatie van de *Verslagen en Debatten van het Comité* en de opgelopen achterstand hiervan inhalen. Reeds in het Bureau van de Nederlandse Kamer van 7 januari 1976 had mr. De Bounge zijn ongenoegen uitgedrukt over het gebrek aan coördinatie tussen de werkwijzen van de Franse en Nederlandse Kamer en dit als een bijzondere taak voor mevrouw Casman aangekaart. De Franse Kamer verwelkomde haar op 13 maart 1976.

Mr. De Bounge bracht op 5 februari 1977 in de Nederlandse Kamer opnieuw de problematiek van de coördinatie tussen beide Kamers ter sprake. Mevrouw Casman merkte hierbij op dat zij geen bijzondere opdrachten had gekregen inzake de coördinatie van de werkzaamheden tussen beide Kamers. Hierbij opperde zij het voorstel dat elk verslag door een samenvatting in de andere taal zou worden gevolgd. Voor mr. Janssens bracht de huidige werking de eenheid van het Comité in het gevaar: voor algemene problemen mocht er slechts één advies zijn. Ook benadrukte hij dat de voorzitter van de Federatie niet het advies van iedere Kamer afzonderlijk mocht vragen en diende hij het Comité als dusdanig te raadplegen. In tegenstelling tot de opinie van mr. Watelet meende mr. Rens dat voor algemene problemen eerst de afzonderlijke Kamers moesten worden geraadpleegd en dan de Plenaire Kamer en niet andersom. Hij stelde voor meerdere plenaire zittingen per jaar te houden om de samenwerking tussen beide Kamers te behouden. Professor Spanoghe stelde dat de splitsing weliswaar een oplossing was geweest voor het taalgebruik, maar zeker niet voor de behandeling van de dossiers vermits beide Kamers te weinig van elkaar afwisten. Hij pleitte om het advies van een Kamer aan de andere Kamer voor te leggen voor eventuele opmerkingen vooraleer een advies van het Comité te geven. Tijdens de vergadering van de Plenaire Kamer op 18 juni 1977 deelde de voorzitter de beslissing van het Bureau mee om mevrouw Casman te belasten met de coördinatie tussen beide Kamers. Hiertoe zou zij een exposé van een vijftiental minuten houden bij het begin van de vergadering van elke Kamer met een samenvatting van de besluiten van de andere Kamer.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 10 maart 1979 meldde de voorzitter dat voorzitter mr. Watelet te kennen had gegeven per 1 september 1979 ontslag te nemen als voorzitter van de Franse Kamer en dus ook van het Comité. Vermits het voorzitterschap van de plenaire vergadering per 1 september 1980 zou toekomen aan de voorzitter van de Nederlandse Kamer betekende dit dat zijn opvolger slechts één jaar voorzitter van het Comité zou zijn. Mr. Rens kondigde tevens aan dat hij na 1 september 1980 geen nieuwe termijn als voorzitter zou aanvaarden. Tijdens de vergadering van de Franse Kamer van 10 november 1979 bleek dat geen enkel lid zich kandidaat had gesteld voor het voorzitterschap. Het Bureau stelde derhalve de kandidatuur voor van mr. De Valkeneer. Deze aanvaardde. De vergadering van de Franse Kamer van 1 december 1979 keurde de beslissing van het Bureau goed.

8.2. PROBLEMEN MET DE PUBLICATIES VAN DE *VERSLAGEN*

De “Tome unique – Enig boekdeel” met de werkzaamheden van het jaar 1965, dat verscheen in 1968, was de eerste tweetalige publicatie. Naast “Travaux du Comité d’Études et de Législation” vermeldde de titelpagina nu “Werken van het Studie- en Wetgevingscomité”.

Op 27 maart 1965 kaartte mr. Mineur de vraag aan van het Bureau van de Federatie om de kosten te reduceren door de mogelijkheid te bestuderen om de publicatie te beperken tot de dossiers waarvan de discussie beëindigd was en de debatten niet meer te publiceren. Voor de voorzitter kon de eerste vraag positief beantwoord worden. Hierbij stipte hij aan dat men besloten had na elk dossier een korte samenvatting in de andere landstaal te publiceren. Inzake het weglaten van de debatten stond hij negatief. Het Comité besliste vanaf 1965 het dossier met de debatten enkel te publiceren wanneer de studie beëindigd was. Ook bevestigde men de publicatie van een korte samenvatting in de andere landstaal.

De voorzitter bevestigde op 17 september 1966 dat er aanzienlijke vertragingen in de publicatie van de dossiers waren. En effectief: het tweede deel van de verslagen van het werkjaar 1963 verscheen in 1965; die van het jaar 1964 in 1966, terwijl die van het jaar 1965 in 1968 en die van 1966 in 1969 gepubliceerd zouden worden. Als reden gaf hij aan dat de secretaresse die de Federatie het Comité ter beschikking stelde, steeds meer andere taken toegewezen kreeg.

Het reglement van 1968 voorzag in de publicatie van het dossier, indien dit niet als vertrouwelijk werd beschouwd of een Kamer zich hiertegen verzette, in één taal. De publicatie bevatte de uiteenzetting van de consultant, het verslag, de nota’s en de bespreking, evenals een korte samenvatting in de andere landstaal. De opschriften, inleidende teksten en tabellen werden in beide landstalen gesteld. Het reglement van 7 december 1974 bevestigde dit.

Op 21 december 1968 stelde mr. De Bounge de vraag of het confidencieel karakter van de *Werken* behouden moest worden. De *Verslagen en debatten* van 1974 vermeldden voor het laatst dat deze uitgave niet voor het publiek bestemd was. De Franse Kamer besprak op 18 januari 1975 de vraag of de *Travaux* in een zaak in beroep mocht worden geciteerd. Voor de voorzitter was de tijd gekomen om het verbod deze publicaties te gebruiken zonder voorafgaande toelating op te heffen. De vergadering stemde hiermee in. Wel mochten dossiers die nog ter discussie lagen niet geciteerd worden. Het selectief citeren van een of ander advies van een lid van het Comité was verboden. Ook in de Nederlandse Kamer kwam deze problematiek op 22 maart 1975 aan bod naar aanleiding van de vraag van een Kortrijkse advocaat die vroeg om zich te mogen abonneren op de *Werken* van het Comité. Deze vraag werd positief beantwoord. Deze kwestie werd opnieuw behandeld door de Franse Kamer op 10 mei 1975. Voorzitter mr. Watelet stelde dat het Bureau de problematiek zou bestuderen. De suggestie van mr. Demblon uitsluitend de conclusie te publiceren, werd niet behouden. Op 14 juni 1975 bevestigde de plenaire vergadering de grotere toegankelijkheid van de *Travaux/Werken*. Mr. Van Hoestenbergh, die betreunde dat men de titel van het dossier niet meer in beide landstalen vermeldde, stelde tevens voor de titel *Werken* te vervangen door *Verslagen en debatten*. Nog op 13 september 1975 bevestigde de plenaire vergadering de grotere verspreiding van de *Travaux/Werken* voor zover deze gepubliceerd waren. Het Comité ging akkoord met het voorstel van mr. De Mey om in afwachting van de publicatie van de verslagen van het Comité de titels van de afgehandelde dossiers in *Notarius* te publiceren.

Het Bureau van 7 januari 1976 stelde dat voor de algemene vergaderingen van de Federatie een agendapunt de dossiers die door het Comité werden behandeld en die van belang waren voor de notariële praktijk moest vermelden. Door de publicatie van de verslagen van deze algemene vergaderingen in *Notarius* bereikte men het hele notariaat. *Notarius* moest bovendien elk jaar een overzicht van de door het Comité afgehandelde dossiers publiceren, met enkel de aanduiding van het nummer. Op 5 februari 1977 deelde de voorzitter van de Nederlandse Kamer mee dat het laatste nummer van *Notarius* meldde dat voortaan de verslagen van het CSW met het tijdschrift aan de notarissen zou worden toegezonden.

Vanaf 1977 kregen de *Verslagen en mededelingen* dan ook een andere structuur. Na de verslagen van het Comité voor Studie en Wetgeving volgden de “Diverse mededelingen” met de behandeling van de “Parlementaire werkzaamheden” door beide Kamers, de “Mededelingen van de voorzitters” en de “Dossiers” van beide Kamers en die van de Plenaire Kamer.

Tijdens de zitting van de Franse Kamer van 17 februari 1979 gaf de voorzitter lezing van een schrijven van de voorzitter van de Federatie met betrekking tot de publicatie van werkzaamheden van het Comité. Mr. Demblon stelde dat de huidige situatie – bijvoegsels bij *Notarius* – aanleiding gaf tot problemen. *Notarius* ging de voorzitter van de Federatie vragen om vertegenwoordigers van de Federatie, van *Notarius* en van het Comité bijeen te roepen om deze te on-

derzoeken. *Notarius* was van oordeel dat het afdoende zou zijn om onmiddellijk een samenvatting te publiceren in het tijdschrift en te verwijzen naar een latere publicatie *in extenso*. De voorzitter beaamde dat een snelle mededeling van de beslissingen van het Comité noodzakelijk was vermits het verslag van de voorzitter van het Comité aan de Algemene Vergadering van de Federatie, dat voordien plaatsvond, niet meer gebeurde. Het Directiecomité was volgens mr. Brasseur van mening dat mevrouw Casman zou instaan voor de publicaties. Zij stelde dat in de tijd die zij besteedde aan de Federatie het wel mogelijk was om één volume voor te bereiden; het werd evenwel moeilijker om de voorbije jaren in te halen. Zij vroeg om aanwezig te mogen zijn op de gezamenlijke vergadering. Op 18 oktober 1980 coöpteerde de Nederlandse Kamer haar in opvolging van wijlen professor Delva.

8.3. HET CSW, DE FEDERATIE, HET CREDOC EN DE CENTRALE INFORMATIEDIENST VOOR NOTARISSSEN (CIN)

De openingstoespraak van de voorzitter op 17 september 1966 duidde op enkele wrijvingen tussen de Federatie en het CSW. Volgens de voorzitter wilden de stichters van het Comité in permanent contact blijven zowel met de “instances supérieures” van de Federatie – reden waarom de voorzitter van de Federatie van rechtswege lid was van het Comité – als met de provinciale studiekringen. Maar recente initiatieven wezen erop dat de Federatie initiatieven nam die de oorspronkelijke rol van het Comité miskenden. Zo stelde de voorzitter dat in het verleden geen enkele professionele vergadering van notarissen, geen enkel congres, werd georganiseerd zonder raadpleging van het Comité. Maar het komende Congres van Dinant zou worden ingericht zonder enige consultatie van het Comité. In zijn rapport stelde mr. Kesteloot, vicevoorzitter van de Federatie, dat het Comité zijn werkmethoden moest verbeteren, zijn reglement van inwendige orde aanpassen en de publicatie van zijn werkzaamheden versnellen. Het leek voorzitter Watelet evident dat, indien het Centraal Comité van de Federatie een hervorming van het Comité wenste, het dit eerst had moeten raadplegen en uitnodigen om voorstellen te formuleren. Dat het Comité hiertoe in staat was, bleek volgens de voorzitter uit de efficiënte interventies van mr. Rens en van mr. Van Hoestenberghes om het probleem van het taalgebruik op te lossen. De werkwijze van de Federatie om commissies op te richten zonder enig contact met het Comité had volgens hem ertoe geleid dat het Comité slechts weet kreeg van het ontwerp van hervorming van de Ventôsewet nadat dit reeds was voorgelegd aan de diensten van het ministerie van Justitie. Wel kon het Comité instemmen met de stelling van mr. Janssens dat de organisatie voor verbetering vatbaar was.

De oprichting van Credoc op 16 januari 1967 was voor voorzitter mr. Watelet op 8 juli 1967 aanleiding om de plaats van het CSW binnen de Federatie te verduidelijken. Voor hem was het vanzelfsprekend dat Credoc een documentatiecentrum moest worden, terwijl het CSW een consultatiecentrum moest blijven

om de eenheid inzake de notariële jurisprudentie te behouden. Hij stelde voor dat een beperkte werkgroep de vereiste wijzigingen aan het reglement van inwendige orde zou bestuderen en voorleggen aan het CSW in september. Hij bepleitte ook de oprichting van een “Chambre réduite” om eenvoudige vragen op korte termijn te beantwoorden. Bij meer ingewikkelde zaken zou men de verzoekende notaris kunnen berichten dat de zaak behandeld zou worden door het Comité. De voorzitter kon zich niet vinden in het idee een “Chambre de législation” op te richten naast een “Chambre de consultations”. Het idee van mr. Van Hoestenberghé om de Studiekringen of de universiteiten te betrekken bij de consultaties vond geen eensgezinde instemming.

In de loop van 1969 verstuurde de Centrale Informatiedienst voor Notarissen (CIN), opgericht op 10 juni 1968, aan elke notaris zestien omzendbrieven en beantwoordde het “in de kortst mogelijke tijd” 143 vragen. Om dit efficiënter te maken besliste de raad van bestuur tot het aanwerven in vast dienstverband van een jurist. Deze zou “overigens ter beschikking staan van het CSW”.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 5 februari 1977 bleek dat mr. Charles Sluyts, voorzitter van de Federatie, aandrang op spoedigere behandeling van de dossiers. Hij wou de bekendmaking van de werkzaamheden van het CSW bevorderen. Volgens hem hinderden de zware procedures van het CSW de efficiëntie van zijn werkzaamheden. Voor mr. Janssens mocht de voorzitter niet het advies van iedere Kamer afzonderlijk vragen maar diende hij het CSW als dusdanig te raadplegen. Mr. De Boungne meende dat de taakverdeling tussen de twee Kamers een zaak van het Bureau was, niet van de voorzitter van de Federatie.

Op 26 november 1977 verzochten meerdere leden van de Franse Kamer dat de proces-verbalen van de plenaire vergaderingen, die tot dan in de taal van de spreker waren opgesteld, in het Frans zouden worden vertaald. De Franse Kamer verzocht, zij het niet unaniem, of het mogelijk zou zijn dit te laten doen door de diensten van de Federatie.

9. HET VOORZITTERSCHAP VAN MR. EDGARD VAN HOVE (1981-1986)

9.1. DE WERKING VAN HET CSW

Op 9 oktober 1982 verzocht de voorzitter van de Franse Kamer dat men contact zou opnemen met personen die in aanmerking zouden kunnen komen om lid te worden van het CSW. Maar op 4 december 1982 bleek dat al diegenen die werden gecontacteerd, geweigerd hadden omwille van hun overvolle agenda's. Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 8 oktober 1983, naar aanleiding van de vervanging van mr. Rens, stelde mr. Bouckaert dat het

misschien niet noodzakelijk was om de nieuwe leden onder de notarissen uit te kiezen, maar dat men personen zou kunnen coöpteren die vertrouwd waren met het notariaat. Deze hadden misschien een andere kijk op de problemen die aan bod kwamen.

Tijdens de plenaire zitting van 10 september 1983 meldde de voorzitter dat André Bosmans door de Federatie was aangeworven als medewerker van het CSW. Hij moest de verslagen van de vergaderingen opstellen en instaan voor de publicatie van de *Verslagen*. Op 24 oktober 1983 deelde mr. De Valkeneer de Franse Kamer mee dat hij, samen met de voorzitter van het CSW, besloten had een soort “kortgedingkamer” binnen het CSW in te richten, samengesteld uit leden van het Bureau, om op dringende vragen een snel antwoord te kunnen bieden.

Bij het ontslag van mr. Bours en van de heer Schreuder gaf de voorzitter van de Franse Kamer op 26 mei 1984 een overzicht van de samenstelling van deze Kamer: vier van de leden waren afkomstig uit de Brusselse regio, drie uit Henegouwen, twee van de provincie Luik, twee van Namen en één uit Hoei. Met betrekking tot de representatie van de universiteiten was er één lid van de ULB, drie van de UCL, één van Namen en één van de Brusselse hogeschool ICHEC. Inzake de beroepen stelde hij vast dat er elf notarissen of erenotarissen waren, één lid van de administratie, één van de magistratuur doch geen advocaten. Qua specialiteiten waren er elf civilisten, gespecialiseerd in het privaatrecht of het internationaal privaatrecht, één fiscalist maar niemand die gespecialiseerd was in het handelsrecht. Bij het coöpteren van nieuwe leden moest men hiermee rekening houden. Bij het ontslag van mr. Hachez, vicevoorzitter van de Franse Kamer, op 29 september 1984 gaf deze drie voorwaarden aan om een functie binnen het CSW te kunnen uitoefenen: de evolutie van het recht blijvend volgen, frequent aanwezig zijn op de vergaderingen en ten slotte de twee landstalen machtig zijn. Op 5 oktober 1985 kondigde voorzitter mr. Van Hove zijn ontslag aan, samen met dat van mr. De Valkeneer als voorzitter van de Franse Kamer, tegen de algemene vergadering van juni 1986.

9.2. DE PROBLEMATIEK VAN DE PUBLICATIES

Tijdens de plenaire vergadering van 26 september 1981 gaf de voorzitter een stand van zaken betreffende de publicaties van de *Verslagen en Debatten van het Comité van Studie en Wetgeving*. De *Verslagen* van het werkjaar 1975 zouden worden opgestuurd in september of oktober 1981. Voor 1976 was het manuscript reeds bezorgd aan de drukker.

Op 13 februari 1982 uitte men kritiek op het systeem van publicatie in *Notarius*, gevolgd door een volume waarop men kon inschrijven. De Federatie suggereerde een terugkeer naar de oude formule, met name de publicatie van een

volume met uitsluiting van elke uitgave in *Notarius*. Het Bureau diende hierover te beraadslagen en zich ook te beraden over de vertragingen van de publicaties. Mr. Demblon stelde de publicatie voor van samenvattingen in *Notarius* van de dossiers die later integraal gepubliceerd zouden worden. Uiteindelijk stelde de vergadering slechts de opname in *Notarius* voor van mededelingen betreffende de behandelde en afgesloten dossiers. In de Nederlandse Kamer gaf de voorzitter op 20 februari 1982 lezing van een brief van de Federatie waarin deze de publicatie van samenvattingen voorstelde met behoud van de publicaties in boekdelen. Tijdens de vergadering van de Franse Kamer van 9 oktober 1982 stelde de voorzitter dat, omwille van het probleem van coördinatie van de juridische werkzaamheden binnen de Federatie, men besloten had de publicaties in *Notarius* te stoppen. Op 19 april 1986 deelde de heer Bosmans mee dat er een definitieve drukproef was van het volume van 1982. Gelukkig was het manuscript van 1983 in zijn bezit bij de vernietigende brand van de drukkerij Duculot in maart 1986.

Vanaf de tiende aflevering van *Notarius* verschenen in *Notarius-Praktijk en Opinions* samenvattingen van de belangrijkste beslissingen van het CSW. Men liet zelfs de mogelijkheid open om deze bij hoogdringendheid te publiceren in *Notarius-Actueel*. Wel behield men de integrale publicatie van de beslissingen in een apart volume. In 1999 verschenen de laatste berichten ter zake in *Notarius*.

9.3. DE RELATIE TUSSEN HET CSW EN DE FEDERATIE

In zijn afscheidsinterview in 1981 in *Notarius* uitte de uittredende voorzitter mr. Watelet zijn bezorgdheid over de spanningen die konden bestaan tussen sommige leden van het Directiecomité van de Federatie en het CWS. Tijdens de vergadering van de Franse Kamer van 9 oktober 1982 meldde de voorzitter dat binnen de Federatie het probleem van coördinatie tussen de verschillende juridische werkzaamheden aan bod was gekomen. In zijn nieuwjaarswensen tijdens de plenaire zitting van 7 januari 1984 kaartte voorzitter mr. Van Hove de problematiek aan van de soms tegenstrijdige adviezen van het Consultatiecentrum, opgericht in april 1975, en het CSW. Snel gegeven adviezen van het Consultatiecentrum werden soms later tegengesproken door het Comité, terwijl beide de indruk gaven afkomstig te zijn van de Federatie. Voor de voorzitter kregen snelle adviezen aldus voorrang “op een meer genuanceerd en rijp advies”. Tijdens de plenaire zitting van 5 oktober 1985, waar de voorzitter van de Federatie werd verwelkomd, stelde voorzitter mr. Van Hove dat het als “normaal” moest worden beschouwd dat het CSW op juridisch vlak soms andere accenten legde dan de Federatie. Op 22 januari 1986 bracht hij verslag uit over het onderhoud dat hij, samen met de voorzitter van de Franse Kamer, mr. De Valkenier, had gehad met de voorzitter van de Federatie. Tijdens dit gesprek werd overeengekomen dat het Bureau van het CSW samen met de voorzitter van het Consultatiecentrum, mr. De Vroe, overleg zouden plegen teneinde belangrijke praktijkgerichte

problemen te laten onderzoeken door het CSW. Met betrekking tot het onderzoek van bepaalde wetsontwerpen bevestigde de voorzitter van de Federatie dat, wanneer het zuiver technische wetsontwerpen betrof, het CSW zich rechtstreeks tot het ministerie van Justitie mocht wenden op voorwaarde dat een lid van de Raad van Bestuur van de Federatie hierbij aanwezig was. Naar aanleiding van een vraag van mr. De Wulf met betrekking tot de juiste verhouding tussen de Federatie en de verschillende commissies, stelde de voorzitter van het CSW dat de leden van het CSW die zetelden in die commissies, het CSW op de hoogte moesten brengen van de werkzaamheden van de commissies waarin zij zetelden.

10. EEN TIJDPERK VAN ALTERNERENDE VOORZITTERS

De plenaire zitting van 14 juni 1986 bekrachtigde de benoeming van mr. Bouckaert als voorzitter van de Nederlandse Kamer voor zes jaar. Mr. Grégoire, voorzitter van de Franse Kamer, werd ook de voorzitter van het CSW.

Tijdens de plenaire nieuwjaarzitting van de 10 januari 1987 kaartte de voorzitter drie knelpunten aan: de coöptatie van nieuwe leden; de (voorlopige) instelling van corresponderende leden, een nieuwe categorie leden die een specifiek rechtsdomein beheersten, en de relatie tussen het CSW en het Consultatiecentrum en meer bepaald de aanwezigheid van de directeur op de vergaderingen van het CSW. Voor de voorzitter was de opdracht van het CSW geëvolueerd tot “un travail bien souvent d’ordre politique-juridique”. Bij 26 stemmen tegen twee aanvaardde de vergadering het principe van corresponderende leden. Deze problematiek kwam terug ter sprake tijdens de vergaderingen van de Franse en Nederlandse Kamers respectievelijk op 5 september en 10 oktober 1987. Beide Kamers keurden het statuut van de corresponderende leden goed. Zij hadden enkel raadgevende stem. Tijdens de plenaire zitting van 14 november 1987 werd het intern reglement aangepast. Professor Baeteman, voormalig lid, erenotaris Jacobs, eveneens een voormalig lid, en professor Raucent werden de eerste corresponderende leden.

Tijdens de zitting van de Franse Kamer van 18 juni 1988 gaf voorzitter mr. Grégoire zijn visie op de werking van het CSW. Het moest zich volgens hem niet beperken tot de studie van de problemen doorgegeven door het Consultatiecentrum, maar diende zich te bezinnen op de nieuwe problemen waarmee het notariaat geconfronteerd werd. De vergadering besloot tot de oprichting van een “reflexiecomité”. Op 10 december 1988 meldde de voorzitter dat mr. Deliège hem een verslag had bezorgd omtrent de organisatie en de werking van het Comité. Dit zou later worden besproken. Tijdens de vergadering van de Franse Kamer van 22 april 1989 kwam dit rapport aan bod. Het pleitte voor een juridisch bureau als coördinatieorgaan binnen de Federatie. Men moest zich bezinnen over het behoud van de afdeling “wetgeving”. Het bepleitte ook een betere wederzijdse informatie tussen beide Kamers en stelde hierbij de vraag of niet

alle dossiers door beide Kamers moesten worden behandeld. Een betere wederzijdse informatie kon hier veel verhelpen. Dossiers zouden kunnen worden gepubliceerd zonder de goedkeuring van beide Kamers maar met de vermelding van de Kamer die het dossier goedkeurde. Mr. Deliège was voorstander van twee vicevoorzitters: een voor de sector “wetgeving”, belast met de contacten met de parlementairen, en één voor de “studies” van de dossiers. Daarnaast diende een “secrétaire général” zich in te laten met de agenda, contacten met de verslaggevers ... naast een secretariaat *stricto sensu* belast met de proces-verbalen, de werken en de contacten tussen beide Kamers. Ook de werkmethode kwam aan bod. Men besteedde te veel tijd aan de bespreking van de rapporten. Voor mr. De Valkenier had de splitsing tot een verlies van efficiëntie geleid. Mr. Taymans benadrukte dat het CSW moest worden opengesteld voor personen buiten het notariaat. Voor professor Piron moest het CSW op eigen initiatief of op initiatief van het notariaat rechtstreeks kunnen interveniëren op het wetgevend niveau.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 20 mei 1989 meldde voorzitter mr. Bouckaert dat voorzitter mr. Grégoire zijn mandaat wenste te beëindigen. Het voorzitterschap van het CSW werd derhalve de drie volgende jaren waargenomen door de voorzitter van de Nederlandse Kamer. Tijdens de plenaire vergadering van 10 juni 1989 werd het voorzitterschap van het Comité overgedragen van mr. Grégoire aan mr. Bouckaert. In de Franstalige Kamer volgde mr. Deliège mr. Grégoire op.

Een schema van de Franse Kamer van 23 september 1989 biedt enig inzicht in haar organisatie. Het juridisch bureau moest de zaken selecteren. Het CSW behandelde de zaken van algemeen belang die een grondige studie vergden; de Centrale Informatiedienst voor Notarissen (CIN) gaf de eerste commentaren bij wetgevende initiatieven; het Consultatiecentrum behandelde individuele vragen van notarissen en deed onderzoek in materies gevraagd door de Federatie terwijl de commissies van de Federatie instonden voor de verdediging en de promotie van het beroep.

Tijdens de plenaire zitting van 18 november 1989 aanvaardde de vergadering het voorstel van de Franse Kamer om in het reglement van inwendige orde te voorzien dat er meerdere ondervoorzitters konden zijn.

Uit de vergadering van de Nederlandse Kamer van 20 april 1991 werd André Bosmans als medewerker vervangen door Hugues Amory, kandidaat-notaris. In 1994 werd deze opgevolgd door mr. Dirk Michiels. Didier Brusselmans zou hem in oktober 1999 vervangen.

Tijdens de plenaire zitting van 20 juni 1992 werd het reglement van inwendige orde gewijzigd: voortaan wisselde het voorzitterschap van het CSW om de drie jaar op 1 september. De nieuwe voorzitter, mr. Alain Deliège, had drie objectieven: de samenwerking tussen beide Kamers en de efficiëntie verhogen, naast het versterken van het imago van het CSW. Hiertoe moesten de werkzaam-

heden grotere bekendheid krijgen en de achterstand van de publicaties ingehaald worden. Tijdens de plenaire zitting van 18 juni 1994 kon de voorzitter aankondigen dat de verslagen van het CSW 1989-1990 gepubliceerd waren, terwijl deze van 1991-1992 zouden verschijnen voor het einde van het jaar.

Tijdens de plenaire zitting van 18 juni 1994 meldde de voorzitter dat op verzoek van de Federatie een systeem werd opgezet voor de herlezing van de juridische bijdragen in *Notarius*. Het secretariaat van het juridisch bureau diende het betreffende stuk toe te zenden aan de aangewezen leden van de Franse en Nederlandse Kamers die hun opmerkingen binnen de acht dagen moesten bezorgen. Uit de vergadering van de Franse Kamer van 22 oktober 1994 bleek dat de positieve reacties op de publicatie van het dossier met betrekking tot de Wet Breyne in *Notarius* aantoonde dat men niet moest wachten op de publicatie van de *Werken*.

Op 18 juni 1994 werd een eerste verslag toegelicht betreffende het voorbehouden erfdeel. Dit kwam verder aan bod tijdens de plenaire zitting van 10 december 1994.

11. OPNIEUW EEN APARTE VOORZITTER VAN HET CSW

11.1. DE WERKING VAN HET CSW

De *Verslagen en Debatten* van 1995-1996 beperkten zich tot de dossiers behandeld door de plenaire vergadering en de beide Kamers en vermeldde niets over de werking van het CSW. Wel moet men vaststellen dat inmiddels een fundamentele wijziging had plaatsgehad. In 1995 was er naast de voorzitter van de Nederlandse Kamer, mr. G. Van Oosterwyck, en de voorzitter van de Franse Kamer, mr. J.F. Taymans, opnieuw een aparte voorzitter van het CSW, mr. R. Eeman. De *Verslagen en Debatten* van 1997-1998 – men was inmiddels ook van uitgever veranderd – bevatten terug een rubriek “Dringende mededelingen of van algemeen belang”.

Beide Kamers beslisten in februari-maart 1997 dat de proces-verbalen in de toekomst door de verslaggever per fax zouden worden toegezonden aan de voorzitter van elke Kamer die over 48 uur beschikte om zijn opmerkingen te maken. Daarna werden zij aan de leden die aanwezig waren op de vergadering bezorgd, die hun eventuele opmerkingen binnen de acht dagen moesten bezorgen.

Tijdens de vergadering van 27 september 1997 benadrukte de voorzitter van de Franse Kamer het belang van de publicaties in *Notarius* (Flash) om de notarissen te informeren over de werkzaamheden van het CSW.

Naar aanleiding van de 75e verjaardag van het CSW werd een academische zitting georganiseerd op 9 oktober 1998. Naast een bloemlezing van de verslagen

van het CSW uit de voorbije tien jaren was er de publicatie van een *Liber memorialis* met een bio-bibliografie van de leden en een historisch inleiding. Na deze viering verviel het mandaat van de voorzitter van het CSW. Tijdens de algemene vergadering van 13 juni 1998 stelde de Franse Kamer de kandidatuur voor van mr. P. Van den Eynde als voorzitter van het CSW. Zijn aanstelling werd bekrachtigd door de plenaire vergadering van 17 oktober 1988. Binnen de Nederlandse Kamer volgde mr. Eeman mr. Van Oosterwyck op als voorzitter, in de Franse Kamer bleef mr. Taymans voorzitter.

Tijdens de zitting van de Franse Kamer van 23 januari 1999 betreurde de vergadering dat het CSW niet was geraadpleegd bij het ontwerp van hervorming van het notariaat. In de Nederlandse Kamer legde erenotaris De Wulf op 6 februari 1999 een kritische nota voor met betrekking tot dit ontwerp. Deze werd eenparig goedgekeurd. Nog in november 1999 stelde het CSW zich ter beschikking van de Federatie naar aanleiding van de problemen die zouden kunnen ontstaan bij de inwerkingtreding van de nieuwe Notariswet.

Op de plenaire vergadering van 23 juni 2001 werd gemeld dat het mandaat van mr. Van den Eynde als voorzitter ophield op de volgende vergadering van de Plenaire Kamer van oktober. Overeenkomstig “de tradities van het Comité” moest er dan een kandidaat van de Nederlandse Kamer worden voorgedragen. Het voorstel om mr. Ch. De Wulf als volgende voorzitter aan te stellen, werd unaniem met applaus onthaald.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 15 september 2001 blikte de nieuwe voorzitter, mr. J. Verstraete, terug op de voorbije jaren en stelde met genoegen vast dat de laatste jaren de verslagen tijdig en op een aantrekkelijke wijze gepubliceerd werden. Omwille van de toegenomen specialisaties wou hij ijveren om het aantal toegelaten effectieve leden van het Comité van 15 naar 18 te brengen. Mr. Taymans stelde in de Franse Kamer op 29 september 2001 dat de uitgave van de *Verslagen* bij een “éditeur de première catégorie” tot gevolg had dat de werkzaamheden nu toegankelijk waren voor iedereen. Uit zijn toespraak bleek voor het eerst de aandacht voor het internet voor de verspreiding van dossiers vooraleer zij gepubliceerd werden.

In januari 2002 verscheen het eerste nummer van *Notamus*. Het voorwoord stelde dat *Notamus* onder andere naast een overzicht van alle onderwerpen die tijdens de afgelopen maanden waren besproken op het Juridisch Bureau van de Federatie en de adviezen van juridische medewerkers van het Consultatiebureau ook “bondige samenvattingen (inclusief slotconclusies) van belangrijke dossiers die behandeld werden door het Comité voor Studie en Wetgeving” zou bevatten.

Het verslag in *Notamus* van de buitengewone vergadering van het Juridisch Bureau van 28 februari 2002 dat tot doel had de werking van het juridisch departement te bespreken, bevestigde dat het Juridisch Bureau fungeerde als draaischijf van de verschillende juridische entiteiten van de Federatie en waakte

over de coördinatie van de werkzaamheden van deze entiteiten terwijl het studiewerk ten gronde behoorde aan de verschillende juridische instanties, zoals het CSW.

Tijdens de plenaire vergadering van 19 juni 2004 werd mr. F. Herinckx, die tien jaar zorg had gedragen voor de publicatie van de *Verslagen* en erin geslaagd was om de achterstand weg te werken, opgevolgd door mr. D. Michiels. Om de verslagen sneller op te volgen had de voorzitter van de Nederlandse Kamer op 17 januari 2004 gepleit om een strak tijdsschema vast te leggen, een deadline per dossier. Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 23 september 2006 verwelkomde voorzitter mr. J. Verstraete de heer Christoph Castelein die zou instaan voor het verslagboek en het bezorgen van de afgewerkte dossiers aan de Federatie voor publicatie op het e-notariaat. Het was de bedoeling dat deze binnen de maand verschenen op het e-notariaat. Blijkbaar was er toch nog enige terughoudendheid binnen de Federatie omtrent een grotere elektronische verspreiding van de verslagen van het CSW. Maar tijdens de zitting van de Nederlandse Kamer op 20 september 2008 kon de nieuwe voorzitter van de Federatie, mr. Van Opstal, de vergadering melden dat een principiële akkoord was gesloten met de uitgever zodat een groot deel van de *Verslagen en Debatten* kon ingescand en geïndexeerd worden en aldus toegankelijk werd voor het ganse notariaat.

In 2007 sloot de Nederlandse Kamer volgens voorzitter mr. A. Van den Bossche terug aan met “de oude gewoonten van de *curia*” en trok de vergadering naar de provincies: in 2007 te Vorselaar; in 2008 te Sint-Martens-Latem; in 2009 te Kortesseem; in 2010 in Brabant; in 2011 te Antwerpen en in 2012 te Brugge. De poging om niet op zaterdag, maar wel op een andere dag in de week te vergaderen, had evenwel geen succes.

2007-2008 werd gekenmerkt door een debat over de rol van het CSW en de goedkeuring van het protocol tijdens de plenaire vergadering van 15 maart 2008. Reeds tijdens de zitting van de Plenaire Kamer van 3 maart 2007 stelde mr. Grégoire de vraag naar de werkwijze en de objectieven van het CSW. Voor hem moest men werkinstrumenten aan de notarissen bieden; concrete kwesties behandelen leek hem niet meer mogelijk. Na enige discussie besloot de voorzitter mr. Van den Eynde de leden van het CSW het reglement te bezorgen met de vraag naar eventuele kritiek op de huidige werking en suggesties, onder meer betreffende de methodologie van de werkzaamheden, en hem deze te overhandigen tegen 1 juni 2007. Tijdens de plenaire vergadering van 16 juni 2007 meldde de voorzitter dat hij een synthesesnota zou opstellen betreffende de toekomst van het CSW en deze bezorgen aan de leden. Die kregen de tijd tot 31 juli om opmerkingen te geven. Dit alles zou worden besproken tijdens de plenaire vergadering van 22 september 2007. Hier kwamen de verschillende elementen van de nota aan bod. Men aanvaardde het principe van een agenda voor de vergaderingen voor een heel werkjaar in plaats van een halfjaarlijkse agenda. Ook was men het eens om een lijst van te behandelen dossiers aan de agenda te koppelen zodat

men op voorhand wist welk dossier zou worden behandeld. Het “Michelin”-klassement, voorgesteld door mr. Weyts op de buitengewone vergadering van de Nederlandse Kamer op 8 september 2007, werd in overweging genomen. Men zou drie sterren verlenen aan dossiers die zeker behandeld moesten worden, twee aan diegene die hoogstwaarschijnlijk aan bod zouden komen en één aan diegene die misschien zouden worden behandeld. In de mate van het mogelijke werden de dossiers behandeld binnen de drie maanden na de overhandiging aan de verslaggever. De vergadering stemde ook in met het behoud van de vergaderingen op zaterdagochtend. Met betrekking tot het aantal leden van elke Kamer was men het eens dit te brengen van 20 tot 25. In de Nederlandse Kamer waren er op dat ogenblik 21 leden; de Franse Kamer telde 19 leden waarvan 12 notarissen. Net als de voorzitter van de Federatie zou volgens de vergadering de voorzitter van de Nationale Kamer van rechtswege lid moeten zijn van het CSW. In de voorbereidende bespreking in de Nederlandse Kamer kwamen de talenkennis en de problematiek van de simultaanvertaling aan bod: te duur voor de enen, noodzakelijk voor anderen en overbodig voor derden. Het leek vooral een probleem voor de Franse Kamer. Tijdens haar vergadering van 24 november 2007 vond een aantal leden de vertaling nog noodzakelijk. Het voorstel van mr. Van den Eynde voorlopig de bestaande situatie te behouden vond gehoor bij de vergadering. Als derde punt in de synthesenota werd tijdens de plenaire vergadering het Bureau van het CSW besproken. Men aanvaardde dat, indien dit nodig was, dit opnieuw zou bijeenkomen rond 9.30 uur vóór de vergadering van het CSW. Voor elk nieuw academisch jaar hield het Bureau een bijzondere vergadering om het komende jaar voor te bereiden en de nog hangende dossiers te overlopen. Met betrekking tot de doelstelling van het CSW vond mr. De Mey tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer dat de nota te veel de nadruk legde op het onderzoek van de wetgeving. Hij stelde dat deze dossiers een minderheid vormden, terwijl 90 à 95 % van de dossiers uit casussen bestond. Toch aanvaardde het definitieve protocol dat in voorkomend geval het CSW wetgevende initiatieven mocht nemen of voorstellen ter verbetering doen, maar steeds in gemeen overleg met de Federatie en/of de Nationale Kamer. Het CSW moest trachten de consultant vooral een oplossing te bieden die hem rechtszekerheid gaf.

Op 22 september 2007 volgde mr. L. Weyts mr. P. Van den Eynde op als voorzitter. Uiteindelijk werd op 15 maart 2008 het protocol, evenals het reglement van inwendige orde goedgekeurd. Dit reglement bevestigde dat het voorzitterschap afwisselend door een lid van de Franstalige en Nederlandse Kamer werd uitgeoefend vanaf 1 september voor een termijn van drie jaar. De Kamers kwamen minstens vier keer per jaar samen, maar niet op hetzelfde ogenblik. Bij het begin van elk academiejaar en minstens één keer per jaar hield het Comité een vergadering waarbij beide Kamers samenkwamen. Naast de bekendmakingen van de dossiers in het jaarboek zouden enkel de conclusies gepubliceerd worden in *Notarius* en in *Notamus*.

Tijdens de vergadering van de Franse Kamer van 17 januari 2009 stelde men voor om de twee of drie volgende plenaire vergaderingen te houden zonder simultaanvertalingen. De voorzitter of een ander lid diende te zorgen voor een samenvatting in de andere landstaal. Om de besparing ten gevolge van een daling van de inkomsten van de Federatie op te vangen stelde de voorzitter van de Nederlandse Kamer op 25 april 2009 voor dat het CSW een bijdrage zou leveren door het afschaffen van de simultaanvertalingen en het beperken van de kosten van lunches. De afschaffing van de simultaanvertalingen werd eveneens als een besparingsmaatregel naar voren geschoven door de Franse Kamer op 25 april 2009. De plenaire vergadering van 20 juni 2009 bevestigde deze maatregel.

In september 2010 werd mr. P. Van den Eynde opnieuw voorzitter. Mr. A. Van den Bossche werd de nieuwe voorzitter in januari 2014. Als voorzitter van de Nederlandse Kamer was hij in september 2012 opgevolgd door mr. H. De Decker. Deze werd in januari 2017 opgevolgd door mr. D. Michiels. In de Franse Kamer volgde in september 2010 mr. E. Beguin mr. B. Cartuyvels op.

Uit de afscheidstoespraak van 8 september 2012 bleek dat inmiddels de verslagboeken de voorbije vijf jaren stipt werden gepubliceerd. Een digitale toegang via *Strada lex* vergemakkelijkte bovendien de toegankelijkheid van de dossiers. Tijdens deze plenaire vergadering pleitte de voorzitter voor het behoud van het CSW “als een onmisbare vergadering van mensen die verder denken dan de dagelijkse noden en die vooral in alle vrijheid op elk probleem dat bij het comité wordt aangebracht vrij hun mening kunnen zeggen”.

Tijdens de huldiging in de Nederlandse Kamer van erenotaris Ch. De Wulf op 23 mei 2015 kreeg deze als eerste een beeldhouwwerk van Patrick Combré uit Brussel, “confrontatie” genaamd, als symbool voor de “hoffelijke gedachtewisseling” binnen het CSW. Dit beeldje “Incontro” (ontmoeting) werd in beperkte oplage gegoten om verdienstelijke leden van het CSW bij het einde van hun lidmaatschap als herinnering te schenken. Ook mr. A. Deliège, mr. J. Verstraete en professor M. Coene kregen bij hun ontslag het beeldje.

Tijdens de plenaire vergadering van 24 oktober 2015 besloot men in 2016 vier vergaderingen te houden, telkens een hele zaterdag met regionale en/of plenaire behandeling van dossiers. De opening van het werkjaar zou plaatsvinden in februari.

11.2. DE RELATIE VAN HET CSW MET DE FEDERATIE

Mr. Knops, voorzitter van de Federatie, beklemtoonde in de plenaire zitting van 14 juni 1986 in zijn interventie dat het zijn bijzondere zorg was “te streven de verstandhouding tussen de Federatie en het Comité opnieuw op een zeer goed pad te brengen”. Op 11 oktober 1986 bleek dat de contacten tussen de voor-

zitters van het Comité en de directeur van het Consultatiecentrum goed waren verlopen. De vragen die een algemeen karakter hadden en die het notariaat aanging, zouden ter behandeling aan het Comité worden bezorgd. Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 11 oktober 1986 werd benadrukt dat de onafhankelijkheid van het CSW en van het Consultatiecentrum gevrijwaard diende te worden. Contacten tussen de verslaggevers van het CSW en de directeur van het Consultatiecentrum moesten een goede samenwerking bevorderen.

Tijdens de plenaire zitting van 10 januari 1987 kwam ook de vraag aan bod of men mr. Devroe, directeur van het Consultatiecentrum, zou uitnodigen op de vergaderingen evenwel enkel met raadgevende stem. Deze had immers de wens geuit om aanwezig te mogen zijn op de vergaderingen van het CSW. Met 21 stemmen vóór tegen één tegenstem en drie onthoudingen aanvaardde de vergadering diens aanwezigheid. Hij werd op 28 februari 1987 verwelkomd in de Nederlandse Kamer en op 14 maart 1987 in de Franse Kamer.

Uit de plenaire zitting van 20 juni 1987 bleek een verbetering van de relatie met de Federatie, maar ook dat er een probleem bleef bestaan op het niveau van het secretariaat van het CSW. Inzake de relatie met het Consultatiecentrum werden er meer concrete gevallen naar het CSW toegezonden. Met betrekking tot de wetgeving bleef er echter een probleem bestaan. De rol van het CSW ter zake was slecht afgebakend en de werkmethode weinig efficiënt. Ten aanzien van dossiers die afgesloten waren, pleitte de voorzitter voor een korte noot met praktische raadgevingen. De vergadering besloot deze ten experimentelen titel te publiceren in *Notarius*.

Tijdens de vergadering van 10 oktober 1987 bracht mr. Bouckaert verslag uit van het onderhoud dat hij samen met mr. Grégoire had gehad met het Directiecomité omtrent de werking van het CSW. Hij benadrukte dat er een goede samenwerking was tot stand gekomen met het Consultatiecentrum. De dossiers die het CSW ter behandeling zouden worden bezorgd, zouden een opgave van rechtspraak en rechtsleer, opgesteld door Credoc, bevatten. Als nieuwe voorzitter van het Consultatiecentrum bevestigde mr. Bouckaert in maart 1990 de goede samenwerking met het CSW. Hij beschouwde dit “als een soort cassatieinstantie” van het centrum.

Op de vergadering van de Franse Kamer van 26 april 1997 en van de Nederlandse Kamer van 7 juni 1997 kwam een voorstel van de Federatie aan bod waarin de splitsing van het CSW in twee afdelingen werd bepleit. De afdeling “wetgeving” van het CSW zou, gelet op het belang van de snelheid van reactie op wetgevende initiatieven, samengesteld worden door verschillende leden van ad-hoccommissies van de Federatie. Het Bureau van de CSW bleef daarentegen voorstander van het behoud van een eigen afdeling “wetgeving” binnen het CSW.

Naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Nationale Kamer van Notarissen was de Federatie genoodzaakt haar statuten te herzien. Tijdens de zitting

van de Franse Kamer van 27 mei 2000 benadrukte deze haar gehechtheid aan de wetenschappelijke onafhankelijkheid en vrije meningsuiting van het CSW. De vergadering stelde dat het CSW totaal vrij moest zijn in de keuze van de onderwerpen van haar werkzaamheden en de coöptatie van haar leden. Wel aanvaardde zij dat er een eventueel vetorecht kon zijn in hoofde van de raad van bestuur indien de aanduiding van een persoon strijdig zou zijn met de belangen van het notariaat.

Mr. Taymans stelde zich in de Franse Kamer op 29 september 2001 de vraag naar de positie van de Federatie. Waren hier “les exigences du droit” nog een prioriteit? Hij meldde dat er een tijd was dat bij de algemene vergaderingen de voorzitter van het CSW zetelde naast de voorzitter van de Federatie. Hij had de indruk dat vandaag men eerder “le conseiller en communication” zou laten zetelen. Ook tijdens de plenaire vergadering van 13 oktober 2001 benadrukte uittreidend voorzitter mr. Van den Eynde dat er een nieuw evenwicht diende gevonden te worden tussen de studieopdrachten en het bespreken van wetgeving binnen het Comité. Voor hem was het aangewezen dat de leden van het juridisch bureau die verantwoordelijk waren voor het bestuderen van een wetsvoorstel, hun verslag zouden uitbreiden door het voor te leggen aan alle leden van het CSW om een beslissing te nemen over de opportuniteit om, in samenspraak met de Federatie, het voorstel te laten bestuderen door het CSW. Tijdens de plenaire vergadering van 8 december 2001 bracht de voorzitter verslag uit van zijn besprekingen over de werking van het CSW met de voorzitter van de Federatie. Twee belangrijke punten kwamen hierbij aan bod: een betere samenwerking bij de bespreking van wetsvoorstellen en -ontwerpen en de steun aan het secretariaatswerk van het CSW om de verslagen sneller ter kennis te brengen. Persoonlijk kaartte de voorzitter ook de plaats aan van het CSW binnen de notariële instellingen. Voor hem diende de vraag naar een meer zelfstandige positie van het CSW tussen de Federatie en de Nationale Kamer besproken te worden.

Bij de hulde aan uittreidend voorzitter Ch. De Wulf tijdens de plenaire vergadering van 19 juni 2004 stelde mr. Verstraete dat mr. De Wulf tal van initiatieven nam om de kwaliteit en uitstraling van het CSW te stimuleren, maar hierbij soms “in botsing” kwam met de besparingsgeest van de Federatie. Mr. P. Van den Eynde volgde mr. De Wulf op als voorzitter.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer van 8 september 2007 stelde voorzitter Van den Eynde dat het CSW *de facto* weinig mogelijkheid van inspraak inzake wetgeving kreeg omdat alles zo snel moest gaan. Het leek hem noodzakelijk een signaal te geven aan de Federatie dat het CSW bereid was anders te gaan werken. Tijdens de plenaire vergadering van 22 september 2007 zaten niet alle leden ter zake op dezelfde golflengte. Ook werd tijdens deze vergadering het belang benadrukt van het afstemmen van het CSW met de andere organen van de Federatie. Hierbij was de rol van het Juridisch Bureau, waar drie leden van het CSW zetelden, van primordiaal belang, vooral omdat men er

meer de inhoudelijke toer opging. Opnieuw kwam nu de problematiek van de snelheid van werken ter sprake. Men wees erop dat het CSW een reflectiekamer was waar men tijd maakte voor grondige studie. Dit had uiteraard zijn impact op de werking. Het definitieve “Reglement van orde” van 15 maart 2008 benadrukte dat men zou trachten tot een beter overleg te komen tussen het CSW, het Consultatiecentrum en het Juridisch Bureau. Hiertoe zouden de voorzitters van het CSW in de mate van mogelijke de vergaderingen van het Juridisch Bureau bijwonen.

Tijdens de vergadering van de Nederlandse Kamer op 17 oktober 2009 kaartte voorzitter mr. A. Van den Bossche nogmaals aan dat de Federatie vond dat het CSW niet kort genoeg op de bal speelde en de besluiten niet onmiddellijk bruikbaar waren. Dit was voor hem de prijs die men nu eenmaal moest betalen voor kwaliteit.

12. EPILOOG

Tijdens de vergadering van de Plenaire Kamer van 26 januari 2019 nam mr. Van den Bossche ontslag als voorzitter van de Verenigde Kamers van het CSW en besliste men het voorzitterschap van de Verenigde Kamers af te schaffen. Mr. D. Michiels, voorzitter van de Nederlandse Kamer, en mr. P.-Y. Erneux, voorzitter van de Franse Kamer, werden beiden covoorzitters van het CSW. In 2022 nam mr. Michiels ontslag als voorzitter van de Nederlandse Kamer. Hij werd tijdelijk opgevolgd door mr. Van den Bossche.

De verslagen van het Comité verschijnen vanaf 2021 tweemaal per jaar in een tijdschrift. Ook de omschrijving van de doelstelling werd geactualiseerd: naast de wetsvoorstellen en -ontwerpen waarbij het notariaat betrokken is, benadrukte men dat het CSW zorgt voor de uitwerking van rechtsleer op basis van bijzondere problemen uit de notariële praktijk. Deze nieuwe omschrijving weerspiegelt de evolutie van de bijdragen in de *Verslagen* tot werkelijk wetenschappelijk contributies met een kritisch voetnotenapparaat⁵.

⁵ In “Van een gezamenlijk goed tot een gemeenschappelijk goed” in Ch. CASTELEIN e.a. (eds.), *Notariële clausules. Liber Amicorum Professor Johan Verstraete*, Antwerpen/Oxford, 2007, p. 124 wijst M. De Clercq erop dat de *Verslagen* onrecht wordt aangedaan doordat zij “slechts door weinigen gekend zijn en zelden geciteerd worden”.

DE PROBLEEMOPLOSSENDE HOUDING VAN HET COMITÉ VOOR STUDIE EN WETGEVING TEN DIENSTE VAN JURIDISCHE ACTOREN EN DE SAMENLEVING. ANTHOLOGIE VAN HONDERD JAAR VERSLAGEN EN DEBATTEN

Hélène CASMAN en Alain-Laurent VERBEKE

INLEIDING

1. Eerst werden we door ongerepte nieuwsgierigheid gedreven. We wilden zo breed mogelijk achterhalen wat 100 jaar activiteiten binnen het Comité voor Studie en Wetgeving (CSW) voor de notariële praktijk, voor de rechtspraak, en voor de wetgeving hadden geproduceerd. We zijn gedoken in zowat alle verslagboeken die in voor ons toegankelijke bibliotheken te vinden waren. We hebben alle inhoudstafels uitgepluisd. We hebben heel veel dossiers gelezen. We hebben daar veel uit geleerd. Veel meer dan wat in het kader van deze feestbundel kan worden weergegeven.

We moesten dus een selectie maken, al wisten we dat we hiermee het CSW onrecht zouden aandoen. Elke selectie zou immers onvermijdelijk leiden tot een aanzienlijke reductie van het ontzettend uitgebreid en grondig werk van de eeuweling. Zelfs een beperkte vermelding van alle onderwerpen die tijdens deze periode zijn onderzocht en besproken, was onmogelijk. Hoe zijn we dan te werk gegaan?

2. Na het doorbladeren van al deze verslagboeken en het lezen van aanzienlijke delen daarvan, het nemen van talloze notities en kopies van wat ons het meest relevant, interessant of opvallend bleek, hebben we een tweehonderdtal CSW-dossiers uitgekozen. Die dossiers hebben we dan verder chronologisch geordend en geschikt per periode van tien jaar CSW-bestaan. Met deze stap konden we per decennium een zevental dossiers weerhouden, zodat we zeker de hele periode van 100 jaar zouden bestrijken.

Vervolgens hebben we in deze 70 dossiers nagekeken wat naar ons oordeel het beste in aanmerking kwam om in deze bijdrage te worden opgenomen.

We hebben ons daarbij laten leiden door vijf criteria, waardoor het aantal te bespreken dossiers, of beter, het aantal te bespreken thema's, werd herleid tot een vijftiental.

3. *Ten eerste* hebben we de dossiers niet weerhouden waaraan het CSW zo enorm veel aandacht heeft besteed, dat een relevante bespreking daarvan een bijdrage op zichzelf zou verdienen. Dat is bijvoorbeeld het geval voor het beding van aanwas, en de vele vragen die daarrond rijzen. Daaraan zijn ruim dertig CSW-dossiers gewijd. Over dit thema zijn er bovendien diepgaande en omvattende studies verschenen, geschreven door uitstekende auteurs, leden van het CSW, waar we graag naar verwijzen¹.

Om vergelijkbare redenen zijn we ook niet nader ingegaan op het standpunt dat het CSW heeft genomen met betrekking tot, bijvoorbeeld, de schenking met een beding van *fideicommiss de residuo*. Dit onderwerp wordt in deze feestbundel immers grondig besproken door een andere auteur².

4. *Ten tweede* hebben we geen dossiers geselecteerd in domeinen waarin we zelf onvoldoende expertise hebben om ze degelijk te bespreken. Dat is met name het geval voor dossiers waarin bestuursrechtelijke vragen, en in het bijzonder vragen rond ruimtelijke ordening aan bod komen, maar eveneens voor vragen over vastgoedverkoop en voor vennootschapsrechtelijke vragen.

Ook hier geldt overigens dat sommige onderwerpen door andere auteurs worden besproken, zoals dit bijvoorbeeld het geval is voor de openbare verkoping met onlinebiedingen die ook onder het monopolie van notarissen inzake openbare verkopingen valt³.

5. *Ten derde* hebben we ons wél gericht op dossiers waarin vragen rijzen die zich helemaal binnen onze expertisedomeinen bevinden, het familiaal vermogensrecht. We werden gesterkt in de keuze voor dit selectie criterium omdat we ook tijdens onze zoektocht doorheen de CSW-verslagen een aantal vragen, binnen dit rechtsdomein, zijn tegengekomen die in de loop van het CSW-bestaan terugkerende en evoluerende aandacht hebben gekregen. De standpunten die in

¹ Zie met name D. MICHIELS, *Tontine en Aanwas*, Kluwer, 2008, 94 p.; E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, 225 p.

² Zie F. TAINMONT, "La donation résiduelle. Quelques points d'attention", waarin ze onder meer expliciet verwijst naar de bespreking, binnen het CSW, van het dossier 6180 ("Schenking van tegenwoordige goederen met beding van fideicommiss de residuo"), in *CSW 1991-1992*, p. 386 e.v., en van het dossier 4380 ("Donation avec clause de fidéicommiss de residuo"), in *CSW 2006-2007*, p. 254 e.v.

³ In deze feestbundel besproken door D. MICHIELS, die in zijn bijdrage "De openbare verkoop - Cassatie volgt het CSW en baant de weg voor *Biddit*", verwijst naar het CSW-dossier 4376: "Bod onder gesloten omslag - Openbare verkoop?" in *Verslagen en Debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving 2006-2007*, Fednot (ed.), Brussel, Bruylant, 2008, 166-218, en naar het arrest van het Hof van Cassatie dat hierop volgde, Cass. 9 juni 2016, *Not.Fisc.M.* 2016, 308, concl. A. VAN INGELGEM, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK en L. SPELTINCX, *Rev.not.b.* 2017, 789, noot E. BEGUIN, *T.App.* 2016, 36, *T.Not.* 2016, 481, concl. A. VAN INGELGEM, noot van de redactie.

het CSW omtrent deze vragen werden ingenomen, hebben, zo konden we vaststellen, invloed gehad op de rechtspraak, op de wetgeving of op de notariële praktijk. Ze verdienen daarom ook een plaats in een bijdrage die in de eerste plaats hulde wil brengen aan hetgeen juridische actoren uit CSW-verslagen kunnen putten, zodat ze betere antwoorden kunnen verstrekken op vragen die in onze samenleving rijzen.

6. We hebben ten slotte nog twee andere criteria aangewend in onze eindselectie. Enerzijds, omdat we zo'n lange periode van CSW-activiteiten bespreken, hebben we ook enkele vragen uitgekozen die in een specifieke tijdscontext zijn gerezen, maar toch ook na vele tientallen jaren relevant blijven, en waar we nu nog uit kunnen leren. Anderzijds hebben we ook enkele vragen uitgelicht die heel typisch zijn voor de aandacht die het CSW schenkt aan notarissen die door slordigheid, maar soms ook gewoon door pech, met aansprakelijkheidsvragen worden geconfronteerd, en hierover bij het CSW te rade komen. Bij de bespreking hierna hebben we de dossiers die op grond van deze twee laatst vernoemde criteria werden geselecteerd, bovenaan geplaatst. Ze bieden immers de gelegenheid om minder bekende aspecten van de CSW-werking in de tijd nader toe te lichten.

7. Deze bijdrage is dus niet *representatief* voor de werkzaamheden van het CSW. Ze is, als gevolg van onze *cherry-picking*-methode, slechts *exemplatief*, maar biedt naar ons oordeel toch een mooie *illustratie* van de CSW-werkzaamheden en de impact ervan in de afgelopen eeuw. Dit beantwoordt ook aan hetgeen van een anthologie of bloemlezing⁴ mag worden verwacht, zonder verdere pretentie⁵.

8. Onze uiteindelijke illustratieve selectie hebben we opgebouwd rond vijf thema's:

I – Notariële plichten en notariële pech

II – Tijdgebonden standpunten

III – Signalen waarnaar de wetgever heeft geluisterd

IV – Analyses die de rechtspraak heeft bevestigd

V – Debatten die de notariële praktijk hebben geïnspireerd

I. NOTARIËLE PLICHTEN EN NOTARIËLE PECH

9. In de eerste activiteitsjaren van het CSW kwam het meer dan eens voor dat een notaris zich tot het CSW richtte omdat hij een fout had begaan, minstens

⁴ Bloemlezing of anthologie wordt in *van Dale* gedefinieerd als de *verzameling van het beste uit een oeuvre*. Zie <https://www.vandale.nl/>.

⁵ Zie hierover bv. de digitale bibliotheek van de Nederlandse taal, <https://www.dbnl.org/>. De smaak van de bloemlezer is inderdaad dikwijls doorslaggevend voor het bepalen van de samenstelling van de bloemlezing.

omdat hem een fout werd verweten, en hij zich in het dreigend proces wilde laten bijstaan. Vaak heeft het CSW beslist om die bijstand te verlenen, met name door de advocatenkosten voor dat proces te dragen⁶. Dat gebeurde vooral in een periode waarin notarissen hun professionele aansprakelijkheid nog maar zelden lieten verzekeren, en daartoe zeker nog niet verplicht waren.

Opmerkelijk is daarbij telkens de afweging die het CSW maakt tussen de confraterniteit ten aanzien van de notaris enerzijds en het algemeen belang anderzijds. Dat algemeen belang verwacht het CSW niet met het belang van het notariaat, integendeel: het belang van het notariaat vereist dat het algemeen belang innig wordt omarmd. Zo verwoordt notaris Camille Hauchamps, de eerste voorzitter van het CSW, het: *“L’amour et le respect de notre profession nous conduisent à communier avec l’intérêt général.”*⁷

A. ONNAUWKEURIGHEID OF ONEERLIJKHEID?

10. In de periode van 1932 tot 1937, d.w.z. in een economisch bijzonder zware periode, werden drie onderscheiden dossiers aan het CSW voorgelegd, waarin telkens een vergelijkbare aansprakelijkheidsvraag rijst. Er is in elk van deze dossiers een cliënt-schuldeiser (een particuliere kredietverlener) die via de notaris wordt terugbetaald. In elk van deze dossiers wordt een akte van kwijting opgemaakt waarin een medewerker van de notaris bij sterkmaking namens de cliënt-schuldeiser bevestigt dat het verschuldigde bedrag is voldaan. Het geld is door de notaris ontvangen, maar niet aan de cliënt-schuldeiser doorbetaald. Blijkt dan bovendien dat er geen verhaal tegen de notaris mogelijk is, omdat de notaris ondertussen onvermogens is geworden.

11. In het *eerste geval*⁸ wordt niet de notaris zelf, maar enkel zijn medewerker gedagvaard. Hij is immers degene die in de akte verklaart het geld ontvangen te hebben en hiervoor kwijting geeft. Het CSW oordeelt dat de medewerker *“est victime des agissements de son patron, notaire prévaricateur”*. Het Comité wil niet dat de Federatie van het Notariaat in het proces zou tussenkomen, maar meent dat ze wel de kosten van het proces tegen de klerk dient te dragen.

⁶ Zie bv. in *CSW 1937/2*, p. 164, onder de titel “Participation pécuniaire de la Fédération dans les procès”: *“Lorsque la Fédération assume les frais d’une instance judiciaire, ceux-ci ne comportent que les honoraires d’avocat et d’avoué et non pas les droits d’enregistrement qui pourraient être perçus sur le jugement. Exception pourrait toutefois être faite sur décision expresse du Comité, lorsqu’il s’agit d’une question de principe plaidée dans l’intérêt exclusif du notariat.”* Later zijn deze regels weliswaar gewijzigd, zodat het Comité nog slechts de helft van de advocatenkosten betaalt indien de notaris het proces verliest. Dit wordt vanaf het jaar 1952 in de verslagboeken vermeld.

⁷ *CSW 1933*, zitting 11 maart 1933, p. 6.

⁸ *CSW 1934*, zitting 7 april 1934, p. 122.

In het *tweede geval*⁹ zijn twee notarissen betrokken. De notaris (X) van de schuldeiser verlijdt de akte niet zelf, maar doet een beroep op een confrater (Y) aan wie hij tevens vraagt om de schuldeiser te laten vertegenwoordigen door een medewerker van deze confrater (Y) die bij sterkmaking zal optreden en kwijting zal verlenen. Het geld wordt ook in dit geval aan de notaris (X) van de schuldeiser overgemaakt, maar komt niet bij de schuldeiser terecht. De aansprakelijkheid van de vervangende notaris (Y) wordt ingeroepen. Het CSW oordeelt: *“Sans doute est-il exact de dire que le notaire Y agit par confraternité vis-à-vis du notaire X. Il faut reconnaître néanmoins qu’il le fait dans des conditions dont une certaine imprudence n’est point exclue. Au point de vue des responsabilités, cette affaire paraît être une pure question de fait; mais en tous cas, il est évident qu’aucun principe touchant à l’exercice de la profession du notaire et à la prestation de ministère n’est en jeu et nous ne pensons pas, dès lors, que la Fédération puisse engager son autorité dans ce procès. M. le Président estime que le litige est détestable et qu’il ne peut être plaidé. Le Comité décide qu’il n’y a pas lieu à intervention.”*

In het *derde geval*¹⁰ wordt de akte ook door een vervangende notaris verleden, en wordt de schuldeiser vertegenwoordigd door de vader van de vervangen notaris, die zelf de schoonbroer is van de schuldeiser(!). Nu oordeelt het Comité dat moet worden gepleit om te vermijden dat de vervangende notaris zou worden veroordeeld. Het advies van notaris Ooms luidt: *“Il est fort à craindre que notre confrère sera la victime de sa gracieuseté confraternelle. De tristes événements comme celui qui désole notre confrère nous démontrent combien une caisse d’assurance contre les erreurs notariales rendrait des services et sauverait une situation pénible d’autant plus triste qu’elle est indépendante de la volonté du substituant et qu’elle est causée par un dévouement confraternel. La question doit être plaidée.”*¹¹

B. PECH OF ONDOORDACHTHEID?

12. Ook notarissen die zich “domweg” vergist hebben, komen dit bij het CSW bekennen, en vragen om hulp bij het zoeken naar een oplossing voor het probleem dat ze ongewild gecreëerd hebben.

Zo komt een notaris vragen of het testament dat hij heeft verleden werkelijk met nietigheid behept is. Hij heeft dit testament wel degelijk laten tekenen door de testator, maar hij heeft niet expliciet *vermeld* dat de testator getekend heeft. Hier

⁹ CSW 1937, p. 66-67.

¹⁰ CSW 1932, zitting 9 april 1932, p. 4 e.v.; voortgezet op de zitting van april 1935, CSW 1935, p. 36.

¹¹ Sedertdien zijn er sedert 1935 strenge professionele regels voor notarissen die de omgang met anderen geld beter regelen. Er is ook een reglementaire verplichting voor de notarissen om hun aansprakelijkheid te laten verzekeren (art. 18 van het Reglement voor de organisatie van de notariële boekhouding, goedgekeurd bij KB van 9 maart 2003 (BS 1 april 2003)).

wordt zelfs geen debat aan gewijd. Het CSW¹² sluit zich zonder meer aan bij het advies van de voorzitter, notaris Moreau de Melen, dat bijzonder bondig is: *“Cette nullité ne fait aucun doute, non pas en vertu du code civil¹³, mais de la loi de ventôse, article 14, alinéa 1¹⁴, et article 68¹⁵.”* “Van de ondertekening wordt melding gemaakt in het slot van de akte.”

13. Een andere notaris¹⁶ biecht op: *“Je me permets de solliciter l’avis du Comité d’Études et de Législation au sujet des conséquences qui peuvent résulter d’une erreur de date dans un acte authentique et des dispositions qu’il serait opportun de prendre pour rectifier cette erreur. Le 8 décembre 1972, j’ai reçu consécutivement l’acte de vente d’un immeuble et l’acte de prêt [hypothécaire]. Par inadvertance, [la vente a été datée,] avec exactitude, du 8 décembre et le prêt, par erreur, du 12 décembre.”* Deze verkeerde datum is ook vermeld in het repertorium, op de grosse en op de borderellen voor de inschrijving van de akte van hypotheekvestiging. Wat nu?

Meester Jean Bagniet brengt verslag uit en geeft aan dat er twee mogelijkheden zijn. Ofwel is er sprake van nietigheid van de akte op grond van artikel 12 van de Notariswet. Ofwel is er sprake van een materiële vergissing en kan deze fout door een latere akte worden rechtgezet. Het is niet voor iedereen binnen het CSW evident dat de partijen in die nieuwe akte zelf opnieuw moeten verschijnen¹⁷. Tijdens de bespreking wordt ook geopperd dat men de zaken beter kan laten zoals ze zijn, totdat iemand de fout opwerpt en ze dan pas wordt rechtgezet. De leden van het Comité blijven hierover verdeeld. Er wordt geen beslissing genomen.

14. Ten slotte vermelden we nog het probleem van “het tweede huwelijkscontract dat bij een andere notaris” is verleden. Dit dossier wordt in 1971 aan het CSW voorgelegd, toen de oude versie van artikel 1397 oud BW nog gold. Dat artikel liet slechts toe dat een reeds gesloten huwelijkscontract nog voor het sluiten van het huwelijk zou worden gewijzigd, indien de wijziging *achteraan de minuut van het huwelijkscontract zou gesteld* zijn. De notaris mocht geen

¹² CSW 1939, dossier 229, p. 221.

¹³ Bedoeld werd, toen, art. 972 oud BW. Ook het actuele art. 4.183 BW legt de verplichting niet op om melding te maken van de ondertekening door de testator (of door de notaris).

¹⁴ Iedere notariële akte moet melding maken van de ondertekening door de partijen, de getuigen en de notaris. Deze regel geldt nog steeds ongewijzigd.

¹⁵ Thans art. 114 Notariswet.

¹⁶ CSW 1973, dossier 1670, p. 336 e.v.

¹⁷ Het lijkt ons moeilijk om dit recht te zetten zonder tussenkomst van alle partijen, die echter ook bij volmacht, of misschien zelfs bij sterkmaking kunnen worden vertegenwoordigd. Het ondertussen ingevoerde tweede lid van artikel 16 Notariswet biedt sedert 2014 wel de mogelijkheid om materiële vergissingen of vergetelheden onderaan de akte recht te zetten, maar deze oplossing zou in dit geval wellicht niet gewerkt hebben, omdat een dergelijke verbetering of aanvulling alleen mogelijk is indien de akte nog niet ter registratie is aangeboden.

afschrift van het oorspronkelijk huwelijkscontract afleveren, zonder de verandering achteraan over te schrijven¹⁸.

Wat was het voorval dat aan het CSW werd voorgelegd?

Een koppel tekent zijn voorhuwelijks huwelijkscontract bij notaris (W) die hiervoor een attest aflevert dat aan de burgerlijke stand wordt afgegeven¹⁹. Vervolgens bedenkt het echtpaar zich en wil het zijn oorspronkelijk huwelijkscontract wijzigen, nog vooraleer het huwelijk wordt gesloten. Omdat notaris (W) op dat moment met vakantie is, richt het zich tot notaris (V). Notaris (V) verlijdt een nieuw huwelijkscontract en zendt een nieuw attest naar de burgerlijke stand. De tuchtkamer heeft het probleem onderzocht en vraagt het CSW om zijn mening.

Het Comité overweegt even of notaris (V) zich mocht beroepen op zijn verplichting om zijn ambt te verlenen omdat hij daartoe werd verzocht (art. 3 Notariswet). Het oordeelt dat de notaris zijn ambt had moeten weigeren²⁰, omdat de akte nietig zou zijn, minstens niet aan derden tegenwerpelijk – over dit laatste punt lopen de meningen van de leden van het CSW uiteen.

Het Comité stopt echter niet bij deze vaststelling. Het kwaad is immers geschied. Dit echtpaar heeft nu twee huwelijkscontracten ondertekend, maar loopt het risico dat het ene niet beantwoordt aan wat men wil, en het andere niet geldig is.

Het Comité oordeelt op basis van het verslag van notaris Jean Vanimpe dat het geen oplossing kan vinden die een volledige rechtszekerheid geeft. Net zoals de tuchtkamer meent het echter dat een pragmatische oplossing moet worden overwogen. Het voorstel van de verslaggever, dat hij zelf een “lapmiddel zonder juridische pretentie” noemt, is dat beide notarissen aan de voet van het huwelijkscontract dat ieder van hen voor dit echtpaar heeft verleden, het afschrift van het andere contract zouden toevoegen. Vervolgens zouden de echtgenoten beide notarissen onherroepelijk moeten vorderen steeds van beide akten samen afschriften af te leveren. Zodoende zullen de echtgenoten niet kunnen kiezen om, al naargelang de omstandigheden, zich op het ene dan wel op het andere huwelijkscontract te beroepen.

Meester Baugniet en meester Janssens menen dat het tweede huwelijkscontract nietig is, en dat de eerste notaris dat probleem niet mee moet helpen oplossen. De overige leden van het Comité gaan akkoord met het verslag, en dus met het voorstel, van meester Vanimpe.

¹⁸ Het oorspronkelijk artikel 1397 werd door de Huwelijksvermogenswet 1976 verplaatst naar artikel 1393 BW. Het vereiste ook dan nog steeds dat de akte waarbij een huwelijkscontract nog voor het sluiten van het huwelijk werd gewijzigd, moest worden verleden door dezelfde notaris als degene die het oorspronkelijk huwelijkscontract had opgemaakt. Dit vereiste is bij wet van 21 december 2013 opgeheven.

¹⁹ Overeenkomstig het ondertussen opgeheven art. 76, 10° BW.

²⁰ Dit is ook wat artikel 3 van de Deontologische Code van Notarissen voorschrijft (Deontologische Code 22 juni 2004, goedgekeurd bij KB 21 september 2005, BS 3 november 2005).

Het hier besproken voorval kan zich niet meer voordoen, omdat de wet niet langer vereist om zich voor de wijziging van een voorhuwelijks huwelijkscontract tot dezelfde notaris te wenden²¹. Toch hebben we dit dossier hier vermeld, omdat het illustratief is van de poging die het CSW heeft ondernomen om een pragmatische oplossing aan te reiken, rekening houdend met de belangen van het echtpaar dat hier uiteraard verkeerd geadviseerd is geweest. Niemand wilde dat dit echtpaar hiervan het slachtoffer zou worden, ook al bood de wet daar geen rechtszekere oplossing voor. Dit is een houding die het CSW en het notariaat in het algemeen siert, en tot op vandaag een belangrijke drijfveer blijft.

II. TIJDGEBONDEN STANDPUNTEN

15. Onze nieuwsgierigheid bracht er ons ook toe nader te bekijken waar het CSW mee geconfronteerd werd in twee hevige periodes die zich in de twintigste eeuw hebben voorgedaan: de reeds aangehaalde economische crisis die op de New Yorkse beurscrash van 1929 volgde, en de Tweede Wereldoorlog.

A. ECONOMISCHE CRISIS (1929-1939)

16. De economische crisis had wereldwijd gevolgen, ook in België, ook voor het Belgisch notariaat. Er rezen twee ingrijpende vragen. Enerzijds moesten er maatregelen worden genomen om de bewaring van gelden voor rekening van de cliënten van de notaris veilig te stellen. Anderzijds moesten de notarissen boekhoudkundige verplichtingen worden opgelegd. Deze beide aspecten werden onder meer in 1933 binnen het CSW besproken.

Wat de bewaring van gelden betreft, werd erop gewezen dat heel veel notarissen daaraan verdienden, en daar zelfs rijk van werden²². De overwogen regels, waardoor het geld bij een bank en desnoods bij de Deposito- en Consignatiekas moest worden gedeponereerd, zouden voor veel notarissen een ingrijpende wijziging betekenen. Daarop werd geantwoord dat de minister van Justitie van het notariaat verwachtte dat het van het eigenmachtig beleggen van derdengelden zou afzien²³. De voorzitter steunde dat verzoek om een halte toe te roepen aan “*le commerce bancaire*” van vele notarissen.

Wat de boekhoudverplichtingen betreft, pleitte het CSW ervoor dat het notariaat daar zelf het initiatief toe zou nemen²⁴. “*Il faut imposer une comptabilité à tous les notaires. Elle doit être uniforme. Elle doit être contrôlée par des notaires,*

²¹ Zie art. 2.3.7 BW dat art. 1393 BW (versie 2013) vervangt.

²² “*Les dépôts chez les notaires ont fait la fortune de l’Ardenne*” zei meester Poncelet, *CSW* 1933, zitting 11 maart 1933, p. 10.

²³ Tussenkost van meester Ooms op dezelfde zitting, p. 10: “*Le Ministre Lejeune avait eu l’intention de conférer aux notaires le monopole des ventes publiques à condition qu’ils renoncent aux dépôts.*”

²⁴ *CSW* 1933, zitting 25 februari 1933, p. 8.

assistés d'experts. Ni les Chambres ni les Assemblées générales n'ont le pouvoir réglementaire pour le faire²⁵, il faut s'adresser au Gouvernement."

Daarover drukte voorzitter Camille Hauchamps zich in bijzonder bewogen termen uit, hoewel hij ook begreep *"que les confrères qui ont connu l'âge d'or – avant la guerre – aient l'esprit chiffonné à l'idée qu'ils doivent apprendre la comptabilité et organiser la leur"*. Hij drukte zich verder als volgt uit: *"Nous sommes au pied du mur. le moment est venu de prendre nos responsabilités. Si nous ne statuons pas largement, justement et humainement, on décidera pour nous et contre nous. L'autorité de la Fédération est fondée sur la confiance. La Fédération vit de son crédit. Elle n'a que la force qu'on veut bien lui attribuer. La Fédération réalisera le mieux grâce à la solidité de votre jugement, source de notre prudence. Il ne faut pas craindre de vouloir et même d'oser."*

Deze woorden hebben ondanks de verstreken tijd niets van hun waarde en betekenis verloren. Ook vandaag staat het notariaat onder druk en is er kritiek op diverse fronten. Ook nu is het van belang om zelf als notariaat de juiste keuzes te maken, en excessen aan te pakken, om te vermijden dat *"on décidera pour nous et contre nous"*.

B. TWEDE WERELDOORLOG (1940-1945)

17. Ook voor notarissen was de periode van de Tweede Wereldoorlog een intense periode. We hebben met belangstelling kennisgenomen van de vele vragen die het Comité toen te beantwoorden kreeg. We hebben er twee uitgepikt. Een die omwille van de specifieke feiten die zich hebben voorgedaan, vrijwel anekdotisch is. Een die bloederstig is, maar blijk geeft van grote menselijke empathie.

18. De *anecdote* betreft de verkoop van een paard²⁶. Een dergelijke verkoop viel onder de bepalingen van het besluit van de secretarissen-generaal van de ministeries van Openbare Gezondheid, Bevoorrading en van Economische Zaken van 3 juli 1940²⁷. Met dat besluit wilden de secretarissen-generaal maatregelen nemen om de speculatie op de prijs van waren, diensten en onroerende goederen tegen te gaan. Het besluit verbood om dergelijke goederen of diensten te verkopen aan een hogere prijs dan degene die normaal toepasselijk was op datum van 10 mei 1940.

²⁵ De reglementaire bevoegdheid inzake boekhouding en boekhoudcontrole werd aan de Kamers van Notarissen toegewezen bij KB 14 december 1935, later meermaals gewijzigd en uiteindelijk vervangen door het actuele KB 10 januari 2002. Het reglement van toezicht op de notariële boekhouding ressorteert nu onder de bevoegdheid van de Nationale Kamer (art. 91 en 76 Notariswet). Het actuele reglement is bij KB 9 maart 2003 goedgekeurd.

²⁶ CSW 1942, 18, dossier 368.

²⁷ *Pasin.* 1940, p. 228. Het besluit werd nog bijgestuurd op 31 juli 1940, *Pasin.* 1940, p. 264.

En toch hadden twee boeren, die de uitbating van hun landbouwbedrijven wilden beëindigen, hun paard openbaar verkocht voor de prijs van 22.800 frank. Hiervan werd op 11 augustus 1941 proces-verbaal opgemaakt. Deze prijs zou, zo werd beweerd, hoger liggen dan de prijs die op 10 mei 1940 normaal kon worden toegepast. Zowel de verkopers als de koper als de notaris die openbaar verkocht had, werden aangeklaagd wegens schending van het besluit van 3 juli 1940. De gouverneur van de provincie West-Vlaanderen was bevoegd om hierover te oordelen. Alle beklagden werden “ontslagen van de tegen hen ingestelde strafvordering” omdat het onvoldoende bewezen was wat de prijs van paarden op 10 mei 1940 kon zijn, en die prijs hoe dan ook sterk afhankelijk was van “ras en vorm” van het paard²⁸ ...

19. Veel ernstiger is volgende aanbeveling die we onder de vermelding “*XI. Dossier 422 bis. - Actes de disposition de biens de personnes déclarées ‘personnes juives ou ennemies’*²⁹” lezen, en die we letterlijk weergeven, omdat ze bijzonder sprekend is: “*Il est recommandé, par décence, d’adopter le texte suivant pour le certificat exigé du notariat dans les actes de disposition de biens de personnes déclarées personnes juives ou ennemies*”

“De ondergeteekende notaris bevestigt dat partijen hem hun eenzelvighedskaarten hebben vertoond en dat die kaarten geene melding vervatten van beperking der vrijheid over hun goederen te beschikken.” “*Le notaire soussigné certifie que les parties lui ont produit leurs cartes d’identité et que ces cartes ne contiennent aucune mention de limitation de la liberté de disposer de leurs biens.*”

Om de draagwijdte van deze aanbeveling te vatten moet men in acht nemen dat het Duitse bezettingsbestuur, nog voor er sprake was van razzia’s en deportaties, de Joden uit de Belgische economie wilde verdringen, en hun goederen en kapitalen in beslag wilde nemen. Daarom moesten Joden eerst geïdentificeerd worden, en vervolgens moesten hun bezittingen geregistreerd worden. Dit gebeurde krachtens verschillende Duitse ordonnaties, zoals die van 28 oktober 1940³⁰ die Joden verbiedt om over hun onroerende goederen te beschikken, tenzij met de toelating van de militaire overheid³¹.

²⁸ Er waren nog wel meer dossiers die in die periode door het CSW werden besproken in verband met dat besluit van 3 juli 1940 en het bevrozen van verkoopprijzen op datum van 10 mei 1940. De vraag rees bijvoorbeeld ook of hiermee rekening mocht worden gehouden in een aangifte van nalatenschap: mocht de waarde van onroerende goederen op datum van 10 mei 1940 worden vermeld, ook al vond het overlijden maanden later plaats? De fiscale administratie meende van niet.

²⁹ *CSW* 1942/III, p. 277.

³⁰ *Pasin*. 1940, p. 85.

³¹ Wie meer wil weten over de houding van het notariaat, dat niet altijd bereid was zich strikt aan de door de bezetter opgelegde regels te houden, leze het boek van R. VAN DOORSLAER (ed.), *Gewillig België. Overheid en Jodenvervolging tijdens de Tweede Wereldoorlog*, uitg. Meulenhoff Manteau, 2007, 1163 p., en in het bijzonder in dat boek de bijdrage van F. SEBRECHTS, “Spoliatie en verplichte tewerkstelling”, vooral p. 404-410, “De notarissen en de verkoop van onroerende goederen van Joden”.

Als gevolg daarvan werd de notarissen er in een omzendbrief van de secretaris-generaal van Justitie van 13 april 1942 op gewezen dat niet-Joden moesten kunnen bewijzen dat ze niet onder die ordonnanties vielen, en dus vrij over hun goederen konden beschikken. Dat bewijs kon worden geleverd door voorlegging van de identiteitskaart, omdat op de identiteitskaart van Joden het woord “Jood” werd vermeld. De formulering die de voorzitter van het CSW in navolging daarvan suggereert, vermijdt dat de notaris de woorden “Jood” of “niet-Jood” in zijn akte zou moeten vermelden.

III. SIGNALLEN WAARNAAR DE WETGEVER HEEFT GELUISTERD

20. Onder dit thema bespreken we dossiers waar het CSW, na grondig onderzoek en bespreking, tot de vaststelling is gekomen dat een rechtszekere oplossing voor de gestelde vraag slechts via wettelijke tussenkomst mogelijk zou zijn. In elk van deze dossiers blijkt het CSW ook de gewenste tussenkomst van de wetgever te hebben geïnspireerd, of misschien zelfs gestuurd.

Ook hier beperken we ons tot enkele geselecteerde dossiers, die we bij wijze van illustratie aanhalen – terwijl het vaststaat dat het CSW zich in veel meer omstandigheden heeft gebogen over mogelijke wetswijzigingen en over sturing of bijsturing daarvan.

A. ONWAARDIGHEID ALS GEVOLG VAN PARTNERGEWELD

21. De oorspronkelijke wetsbepalingen in verband met erfrechtelijke onwaardigheid sloten met name van de nalatenschap uit “hij die *veroordeeld is* om de overledene te hebben gedood of om te hebben gepoogd hem te doden” (art. 727 oud BW, versie 1804). Dit betekent dus dat wie schuldig was aan moord of doodslag, *niet* uit de nalatenschap uitgesloten werd, indien hij na de moord of de doodslag, overlijdt, bijvoorbeeld omdat hij zelfmoord pleegt. In dat geval kan hij immers niet meer veroordeeld worden, en is de sanctie van de onwaardigheid niet toepasselijk.

Bovendien treft de erfrechtelijke onwaardigheid enkel de wettelijke erfgenamen, dus hen die door de wet tot de nalatenschap worden geroepen, krachtens de regels van de wettelijke devolutie. Testamentair aangestelde erfgenamen of legatarissen die zich onbetamelijk hebben gedragen, kunnen door de testator worden ontferd, en indien hij dat niet heeft gedaan, of niet meer heeft kunnen doen, kunnen de daders toch nog hun aanspraak in de nalatenschap verliezen indien de wettelijke erfgenamen tegen hen, na overlijden van de testator, een vordering tot herroeping instellen, zoals door artikel 1046 oud BW nader bepaald (thans art. 4.218 BW).

22. Voor een contractuele erfgestelde bestond een analoge regel niet. Dat kon leiden tot een situatie zoals degene die het CSW moest onderzoeken in het dossier 1678³².

De vrouw had haar man bij contractuele erfstelling het beschikbaar deel van haar nalatenschap vermaakt. De man vermoordt zijn vrouw, en pleegt vervolgens zelfmoord. Omdat de man (weze het gedurende zeer korte tijd) de vrouw overleefd heeft, kunnen zijn erfgenamen zich op het voordeel van de contractuele erfstelling beroepen, hoewel hij het overlijden van zijn vrouw veroorzaakt heeft. De erfgenamen van de vrouw (in dit geval, haar ouders en haar broer) kunnen zich daarentegen niet beroepen op de erfrechtelijke onwaardigheid van de familie van de dader, omdat de onwaardigheid enkel kan worden ingeroepen ten aanzien van een wettelijke erfgenaam. Bovendien is de man overleden en kan hij niet meer veroordeeld worden voor moord of doodslag van zijn vrouw. Hij is dus niet onwaardig om van zijn vrouw te erven krachtens de letter van de wet (art. 724 oud BW, versie 1804). De erfgenamen van de vrouw kunnen de contractuele erfstelling niet herroepen wegens ondankbaarheid: de herroeping kan niet worden gevorderd tegen de erfgenamen van de begiftigde of contractueel erfgestelde (art. 957, tweede lid oud BW, versie 1804).

Er werd evenwel gewag gemaakt van een arrest van het hof van beroep van Gent³³ dat in een dergelijk geval artikel 1178 oud BW had toegepast: *“De voorwaarde wordt geacht vervuld te zijn, wanneer de schuldenaar die zich onder die voorwaarde verbonden heeft, zelf de vervulling ervan verhinderd heeft.”* Met andere woorden: de voorwaarde van langer leven van de vrouw wordt geacht vervuld te zijn, nu de man verhinderd heeft dat zijn vrouw langer dan hemzelf zou leven.

Professor Simone David-Constant uitte evenwel twijfels over de toepasselijkheid van dit artikel omdat de man als begiftigde geen voorwaardelijke schuldenaar is: er is sprake van een eventueel, niet van een voorwaardelijk recht. Bovendien is de man hier geen schuldenaar, maar schuldeiser van de contractuele erfstelling, omdat ze niet wederkerig was bedongen.

23. Ook in het dossier 6194³⁴ was de consulterende notaris geconfronteerd met de vermogensrechtelijke gevolgen van een familiedrama. Man en vrouw hadden voorzien in een ongelijke toebedeling van de gemeenschap ten voordele van de LLE, en in een wederkerige contractuele erfstelling. De man overlijdt. Later wordt de vrouw schuldig bevonden aan dat overlijden³⁵. Ze is dus onwaar-

³² CSW 1973, dossier 1678, p. 389.

³³ Gent 15 feburari 1973, RW 1973-74, 430; *Rec.gen.enreg.not.* 1974, 337 en noot. Art. 1178 oud BW werd reeds veel eerder, in een vergelijkbare situatie, toegepast ten aanzien van de man die zijn vrouw had vermoord, zie Rb. Brussel 17 november 1926, *Rev.not.* 1927, 117.

³⁴ CSW 1991-1992, dossier 6194, p. 444-451.

³⁵ Dit zijn de woorden van de consulterende notaris. We gaan ervan uit dat de vrouw dan ook strafrechtelijk veroordeeld is.

dig om van de man te erven. Is ze echter ook onwaardig om het voordeel van de contractuele erfstelling te verkrijgen? Neen, omdat de wet daar niet in voorziet. De kinderen van de man kunnen wel de herroeping van de contractuele erfstelling ten aanzien van de vrouw (die nog leeft) wegens ondankbaarheid inroepen, voor zover ze dat doen binnen het jaar na het overlijden van de man³⁶.

Wat dan met de ongelijke verdeling van de gemeenschap? Een beroep op artikel 1178 oud BW is in dit geval niet dienstig. De ongelijke verdeling strekte er immers enkel toe de LLE bovenop de helft van de gemeenschap, ook nog vruchtgebruik op de helft van de eerst overledene toe te kennen. Omdat de vrouw verhinderd heeft dat de man de LLE zou zijn, wordt de man bij toepassing van artikel 1178 oud BW geacht de LLE te zijn, en zijn zijn erfgenamen dus op het vruchtgebruik van de helft van de gemeenschap gerechtigd. Professor Coene wijst er in haar verslag evenwel op dat de fictie die door artikel 1178 oud BW wordt gecreëerd niet zo ver kan gaan, dat de man ook geacht wordt nog te leven. Het vruchtgebruik waarop hij gerechtigd was, is dus toch door zijn overlijden uitgedoofd.

24. In het dossier 6056³⁷ kwam artikel 1178 oud BW opnieuw aan de orde. Man en vrouw waren gehuwd onder een gemeenschapsstelsel waaraan een verblijvingsbeding was toegevoegd: *“Indien de gemeenschap wordt ontbonden door het overlijden van een van de echtgenoten, zal het gemeenschappelijk vermogen aan de langstlevende toebehoren, voor de geheelheid in volle eigendom.”* Het huwelijk wordt ontbonden door het overlijden van de vrouw, omdat de man haar gedood heeft³⁸.

Notaris Van Oosterwyck stelde in zijn verslag dat artikel 1178 oud BW hier naar analogie moest worden toegepast, en verwees hiervoor naar rechtsleer en rechtspraak die dit bevestigden. Het verslag werd door de Nederlandse Kamer van het CSW goedgekeurd, ondanks enkele kritische bemerkingen van notaris De Wulf en van notaris Istas. Zij vroegen zich met name af of de vrouw wel zeker verondersteld moet worden te hebben overleefd, zodat de hele gemeenschap nu aan haar, en dus aan haar erfgenamen, zou toekomen – en niet enkel de helft?

25. Het was duidelijk dat enkel de wetgever voor dit soort vragen een sluitend antwoord kon bieden. Een eerste wetgevend initiatief werd daartoe genomen,

³⁶ De heer Werdefroy schrikt van de vaststelling dat enkel een gift (verrichting onder kosteloze titel) wegens ondankbaarheid kan worden herroepen. Wat dan met een beding van aanwas (verrichting onder bezwarende titel) waar de ene partner de andere doodslaat? Kan hij toch nog van het beding van aanwas genieten? Een beroep op artikel 1134 oud BW (thans art. 5.73 BW) dat verplicht om overeenkomsten te goeder trouw uit te voeren moet in dat geval mogelijk zijn.

³⁷ CSW 1980, dossier 6056, p. 207-213.

³⁸ De consulterende notaris vroeg ook of hij al de akte van bekendheid mocht opstellen, of daarvoor moest wachten tot de man daadwerkelijk wegens moord of doodslag zou worden veroordeeld. Geadviseerd werd voorlopig de medewerking van alle betrokkenen te vragen, onder meer voor de deblokking van de gelden die dan zouden worden geconsigneerd tot een definitieve uitspraak zou voorliggen (ook over de toepassing van art. 1178 BW).

toen senator Milquet in 1995 een wetsvoorstel indiende “tot wijziging van de artikelen 727 en 730 van het Burgerlijk Wetboek”³⁹. Dat wetsvoorstel beoogde een zeer gerichte en beperkte uitbreiding van de “onwaardigheid om te erven”. Het wou vooral de toepassing ervan uitbreiden naar de *mededader* van doodslag of moord, en naar de de dader van *opzettelijke slagen en verwondingen met de dood tot gevolg*; eveneens naar degene die geweigerd zou hebben bijstand te verlenen aan een erflater in levensgevaar.

26. Dat wetsvoorstel werd binnen het CSW besproken⁴⁰. Professor Puelinckx-Coene diende een uitgebreid verslag in, waarin ook de aspecten die eerder al door het CSW waren besproken, aan bod kwamen. Zo stelde de verslaggeefster onder meer de uitbreiding van het begrip erfrechtelijke onwaardigheid voor, om ook de dader te treffen die *niet* voor doodslag of moord (of andere daarmee gelijk te stellen feiten) veroordeeld kan worden, omdat hij overleden is (met name omdat hij zelfmoord heeft gepleegd). Verder stelde ze de uitbreiding voor van het begrip erfrechtelijke onwaardigheid naar een huwelijksvermogensrechtelijke onwaardigheid, waardoor de dader ook geen aanspraak meer zou kunnen maken op huwelijksvoordelen. En ten slotte de mogelijkheid om een onherroepelijke schenking en een onherroepelijke contractuele erfstelling wegens ondankbaarheid te laten herroepen, ook na overlijden van de ondankbare begiftigde, onder minder beperkende voorwaarden als degene waarin de wet tot dan voorzag.

De Nederlandse Kamer en vervolgens ook de Plenaire Kamer van het CSW keurden dit verslag unaniem goed. Er werd onder voorzitterschap van notaris Gommaar Van Oosterwyck binnen het CSW een beperkte commissie opgericht, met als opdracht een aangepaste wettekst aan de Federatie voor te stellen.

27. In 2010 dienden senator Taelman e.a. een wetsvoorstel in tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het onbetamelijk gedrag van een begunstigde en teneinde plaatsvervulling van de verwerpende erfgenaam toe te laten⁴¹. De memorie van toelichting vermeldt expliciet dat dit wetsvoorstel medegeïnspireerd is door het dossier 4332-4333 van het Comité voor Studie en Wetgeving⁴². Dit wetsvoorstel werd goedgekeurd. De wet van 10 december 2012 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Strafwetboek en het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de onwaardigheid om te erven, de herroeping van giften, het verval van huwelijksvoordelen en de plaatsvervulling verscheen in het *Belgisch Staatsblad* van 11 januari 2013.

³⁹ *Parl.St.* Senaat 1995-96, nr. 1-176/1. Dit wetsvoorstel was reeds een eerste maal ingediend op 19 februari 1992, onder het nummer 185-1 (B.Z. 1991-92).

⁴⁰ *CSW* 1997, dossier 43324333, p. 689-707.

⁴¹ *Parl.St.* Senaat 2009-10, nr. 4-1569/1, later heringediend als *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-550/1.

⁴² *CSW* 2000, dossier 4332-4333, p. 375-391.

28. Hierdoor werden conform de suggesties van het Comité voor Studie en Wetgeving hoofdzakelijk de volgende artikelen gewijzigd:

- artikel 727 oud BW (thans art. 4.6 BW): uitbreiding van de gronden van onwaardigheid, die ook kan ingeroepen worden als de dader overleden is. Onwaardigheid belet niet dat kinderen van de onwaardige zijn plaats innemen in de nalatenschap van het slachtoffer (art. 739 oud BW, thans art. 4.13, § 1, tweede lid BW);
- artikel 957 oud BW (thans art. 4.175 BW): een schenking kan ook na overlijden van de begiftigde wegens zijn ondankbaarheid worden herroepen, onder de tijdsvoorwaarden in dat artikel bepaald; die mogelijkheid bestaat ook voor een contractuele erfstelling tussen echtgenoten (art. 1093, tweede lid oud BW, thans art. 4.237, § 3, tweede lid BW);
- artikel 1429*bis* oud BW (thans art. 2.3.59 BW): de erfrechtelijke onwaardigheid leidt ook tot verval van huwelijksvoordelen.

B. ONTERVING VAN DE LLE DOOR DE AANSTELLING VAN EEN ALGEMENE LEGATARIS

29. Toen de LLE in 1981 werd bevorderd tot een volwaardige wettelijke erfgename, werd ze ook een reservataire erfgename. Haar reserve is evenwel niet absoluut noch onvoorwaardelijk. In sommige omstandigheden kan haar reserve haar worden ontnomen, met name in geval van verstoorde verstandhouding in de echtelijke relatie, indien deze zich manifesteert onder de exacte omstandigheden zoals in het oorspronkelijk artikel 915*bis*, § 3 oud BW nader omschreven. Dit artikel vereist onder meer een feitelijke scheiding van 6 maanden vooraleer de ene echtgenoot de andere volledig kan onterven, en dus ook de reservebescherming uitschakelen. Dit artikel is deels door de Erfwetten van 2017 en 2018 gewijzigd, en ondertussen ingevolge de codificatie van 2022 overgenomen in artikel 4.147, § 3 BW.

30. Het ontnemen van de reserve van de LLE vereist evenwel ook dat de erfflater haar die reserve “*testamenteair heeft ontnomen*”. Dan rijst de vraag hoe expliciet de erfflater zijn wil tot ontneming van de reserve moet hebben uitgedrukt. Een testamentaire beschikking kan immers de reserve van de LLE aantasten, zonder dat daaruit de wil tot het ontnemen van de reserve kan worden afgeleid. Het legaat dat de reserve aantast, kan door de LLE immers in principe ingekort worden: daarom net geniet ze van een reservataire erfrechtelijke aanspraak. Ze kan zich erop beroepen, zo bepaalt de wet, *niettegenstaande elke andersluidende bepaling* (art. 915*bis*, § 1 oud BW, nu art. 4.147, § 1 BW). Met andere woorden, *giften* mogen in principe *niet tot gevolg hebben* dat de LLE haar reservataire aanspraak verliest (zie art. 915*bis*, § 2 oud BW, nu art. 4.147, § 2 BW).

Toch was er twijfel gerezen voor het geval dat de erfflater een algemene legataris zou hebben aangesteld. Zou dit niet volstaan om vast te stellen dat de erfflater zijn nalatenschap aan iemand anders wilde nalaten, en dus dat de erfflater zijn

echtgenote ook haar reserve wilde ontnemen? De mening van het CSW werd hierover gevraagd⁴³.

31. Professor Pirson stelt in zijn advies dat geval per geval moet worden nagegaan of het inderdaad de wil van de erflater was om zijn echtgenote elke aanspraak, ook haar reserve, te ontnemen, dan wel haar enkel haar reserve te laten. Op grond van de termen van de wet kan de wil van de erflater om zijn echtgenote elk recht in zijn nalatenschap te ontzeggen, niet louter en onrechtstreeks afgeleid worden uit de aanstelling van een algemene legataris, zo meent de verslaggever. Het komt dus de algemene legataris toe om te bewijzen wat de wil van de erflater was. De wet moet strikt worden toegepast en uitgelegd, ook al zou een bredere interpretatie redelijker lijken, zo luidt het. Het CSW sluit zich bij dit standpunt aan.

32. Met de Erfwet van 2017⁴⁴ is de wetgever nader op deze redenering ingegaan. Om de bewijsvoering te vergemakkelijken voert hij een interpretatieregel in ten voordele van de algemene legataris. Wettelijk wordt immers het vermoeden ingesteld dat als de testator een algemene legataris heeft aangesteld, hij daarmee zijn wil te kennen heeft gegeven zijn echtgenoot of echtgenote ook zijn haar reserve te ontnemen. Dat wettelijk vermoeden blijft echter een weerlegbaar vermoeden. De LLE behoudt de mogelijkheid om dat vermoeden te weerleggen (art. 915*bis*, § 3, tweede lid BW, nu art. 4147, § 4, tweede lid BW). De bewijslast ligt dus niet meer bij de algemene legataris. Ze ligt nu bij de LLE zelf.

C. SCHENKING AAN KLEINKINDEREN MET VERPLICHTING TOT INBRENG VOOR HET KIND

33. Tweemaal, eerst in 1991 en daarna in 2003, onderzocht het CSW een vraag met betrekking tot volgende hypothese⁴⁵. Stel een grootmoeder GM die twee kinderen heeft, A en B. A heeft zelf ook twee kinderen, kleinkinderen van GM. B heeft geen kinderen. Kan grootmoeder GM een schenking doen aan de kleinkinderen, en bedingen dat A, moeder van deze kleinkinderen, deze schenking in de nalatenschap van grootmoeder GM zal moeten inbrengen? Wat GM daarmee wil bereiken, is duidelijk: ze wil de gelijkheid tussen de staak van elk van haar kinderen A en B bewaken. Wat de kinderen van A krijgen, moet worden aangerekend op het erfdeel van A, en dus bij A worden “bijgeteld”, om dat totaal te vergelijken met wat B heeft gekregen.

⁴³ CSW 1989/1, dossier 1892, p. 233-248.

⁴⁴ Wet 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *BS* 1 september 2017. Hierna aangehaald als “de Erfwet van 2017”.

⁴⁵ Die we voor een vlottere lezing herformuleren, zodat de overeenstemming tussen de besproken hypothesen nog meer opvalt.

In beide CSW-dossiers wordt aangehaald dat het onder het aloude recht (vóór 1804) toegelaten was om een schenking aan een kleinkind te behandelen als een schenking aan een tussenpersoon, waarbij het kind de ware begiftigde zou zijn. Het Burgerlijk Wetboek laat dat niet meer toe, en daarom bepaalde het oude artikel 847 (versie 1804) dat een schenking aan de zoon van een erfopvolger geacht wordt van inbreng te zijn vrijgesteld. Volgens H. De Page en R. Dekkers⁴⁶ kan de schenker evenwel de inbreng aan de zoon van de erfopvolger opleggen: *“Le [donateur] pourrait-il néanmoins imposer lui-même le rapport pour autrui? Rien ne l’en empêche. En exigeant que [son enfant] rapporte les libéralités faites à ses enfants, le [donateur] peut manifester que c’est bien [son enfant] qu’il entendait gratifier. [Même si on y voyait] une interposition de personnes, [il y aurait néanmoins] dispense de rapport.”*

34. Daaruit putten de verslaggevers in beide CSW-dossiers inspiratie om te proberen het door de consultant gestelde vraag te beantwoorden. Niemand durft evenwel stellig te beweren dat het zou volstaan om, in navolging van De Page en Dekkers, zonder meer aan het kind de inbreng van de schenking die aan het kleinkind is gedaan, op te leggen. Zo worden indrukwekkende pogingen ondernomen⁴⁷ om te bereiken wat die grootouder wenst.

35. In het *eerste dossier*⁴⁸ worden verschillende pistes verkend: de piste van een beding ten behoeve van een derde, de piste van een schenking onder last aan de kleinkinderen opgelegd, waarbij het kind zich ertoe verbindt die last na te leven, maar dan ten voordele van wie – van de nalatenschap, van alle kinderen (A en B), enkel van het overige kind (B)? Hoe zal het verschuldigde bedrag worden bepaald? En hoe zal die last fiscaal worden getaxeerd? En wat met de gevolgen van onvermogen van degene die moet betalen? En ten slotte, wordt er hier dan geen verboden erfovereenkomst gesloten?

Het debat wordt gesloten zonder dat een werkelijk bruikbare oplossing wordt aangereikt. Men neigt naar een oplossing via twee opeenvolgende schenkingen, waarvoor ook nog twee mogelijkheden bestaan. Ofwel een schenking aan de dochter, onmiddellijk gevolgd door een schenking van de dochter aan haar kinderen. Ofwel een schenking deels aan de dochter, deels aan de kleinkinderen. De verplichting van de dochter (A) om de last ten voordele van het andere kind (B) te voldoen, zou in een afzonderlijke akte kunnen worden bedongen voor zover hij nog in leven is bij het openvallen van de nalatenschap van de grootmoeder, en die nalatenschap aanvaardt.

De conclusie in dat dossier luidt dan ook: *“L’opération est compliquée et est analysée de différentes manières. Les conséquences tant civiles que fiscales sont*

⁴⁶ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e uitg., Brussel, Bruylant, 1974, p. 838, nr. 1186.

⁴⁷ Zie de verslagen van P. DE PAGE, A. CULOT, M. GRÉGOIRE en J. MARTINY.

⁴⁸ CSW 1991-92, dossier 1909, p. 246-281.

sujettes à discussion. Néanmoins le mécanisme cité par une partie de la doctrine classique pourrait être utilisé. Il est important de stipuler que les engagements sont conditionnels. Il y aurait plusieurs actes à faire indépendants les uns des autres.”

36. In het *tweede dossier*⁴⁹ gaan de leden van het CSW niet meer zo diep in op deze vraag. Het vertrekpunt is dat de kleinkinderen niet inbrengplichtig zijn en ook niet inbrengplichtig kunnen zijn, zolang ze niet zelf tot de nalatenschap komen.

Notaris Johan Verstraete schrijft in zijn verslag dat een verbintenis van de kleinkinderen om in te brengen een overeenkomst over een niet-opengevallen nalatenschap is en dus nietig zou zijn.

Om het gewenste doel te bereiken stelt hij volgende constructie voor: de grootmoeder schenkt aan de dochter onder de uitdrukkelijke voorwaarde om dit eigendom door te schenken aan de [kleinkinderen]. Daarvoor wordt evenwel gewaarschuwd. *“Hier komt het ons voor dat de echte schenkster i.v.v. van de [kleinkinderen] niet de moeder maar wel de grootmoeder is, waardoor een reeel gevaar op herkwalificatie zal rijzen. Willen partijen het vooropgestelde doel toch benaderen dan zouden zij kunnen overwegen om de schenking te laten gebeuren door de [grootmoeder] aan het eigen kind dat op zijn beurt, en onafhankelijk van de wil van de [grootmoeder], schenkt aan de [kleinkinderen]. Beide schenkingen hebben hun eigen rechtsgevolgen die verschillend zijn van hetgeen men beoogde. Het gevaar op herkwalificatie lijkt mij hier dan ook niet bijzonder groot.”*

Zijn verslag wordt goedgekeurd, met de aanbeveling om de dochter aan de kleinkinderen te laten schenken in een afzonderlijke akte, onafhankelijk van de wil van de grootmoeder. Het is duidelijk dat niemand hiermee voldaan is.

37. Ook hier is de tussenkomst van de wetgever vereist om dit oplossen. Dat doet de Erfwet van 2017 dan ook. Ze maakt het mogelijk om exact te bereiken, wat grootouders kennelijk zo dikwijls wensen⁵⁰, en wat het CSW zo moeizaam had geprobeerd voor hen te bereiken.

Er is nu een totaal gepast instrument gecreëerd, genaamd de “inbreng ten behoeve van een derde” of de “schenking met generatiesprong”. De regeling werd in artikel 845, § 2 oud BW opgenomen, nu, ingevolge de codificatie van 2022,

⁴⁹ CSW 2003, dossier 6326, p. 176-180.

⁵⁰ Reeds bij de bespreking binnen het CSW in 1991 stelde notaris Grégoire, wellicht met enige overdrijving, dat grootouders zich bijna dagelijks met dergelijke vragen tot hun notaris wenden.

in artikel 4.85, § 2 BW. Hiervoor is met name inspiratie gehaald bij de twee verslaggevers die het probleem in het dossier CSW 6326 hadden onderzocht⁵¹.

“Het kind van de schenker kan zich echter, hetzij in de schenkingsakte, hetzij in een later contract gesloten met de schenker en de begiftigde, ertoe verbinden de schenking aan zijn eigen kind in te brengen in de nalatenschap van de schenker, indien hij deze aanvaardt. De artikelen 4.244 tot 4.253 zijn op deze verbintenis van toepassing.

De goederen ontvangen door het begiftigde kleinkind worden in de nalatenschap van het kind dat zich heeft verbonden tot inbreng overeenkomstig het eerste lid, behandeld alsof hij de goederen gekregen heeft van deze laatste.”

Wanneer het kind en het kleinkind (of de kleinkinderen) ermee hebben ingestemd dat hetgeen het kleinkind van de grootouder krijgt, door het kind in de nalatenschap van de grootouder moet worden ingebracht, is er dus slechts één schenking die van de grootouder uitgaat, rechtstreeks aan het kleinkind. In de nalatenschap van de grootouder-schenker zal die schenking echter worden aangerekend als een schenking aan het kind. In de nalatenschap van het begiftigde kind zal de schenking worden aangerekend als een schenking aan het kleinkind. Die afspraak betreft dus twee niet-opengevallen nalatenschappen (die van de grootouder en die van het kind). Het gaat evenwel om een uitdrukkelijk toegelaten erfovereenkomst. Hiervoor moeten dan ook de geldigheidsvoorschriften worden nageleefd, die voor elke toegelaten erfovereenkomst zijn opgelegd.

Hetzelfde instrument kan overigens ook in een globale erfovereenkomst worden gehanteerd (art. 4.255, § 2 BW).

Het CSW heeft hier dus de wetgever het gepaste signaal gegeven, zodat het probleem, dat correct door het CSW was onderzocht, maar zonder wetgevende tussenkomst onoplosbaar was, wel degelijk opgelost werd.

D. VAN AKTE VAN BEKENDHEID TOT AKTE VAN ERFOPVOLGING

38. Onder deze titel willen we twee vragen vermelden, die het CSW in de loop der jaren heeft onderzocht, en die beide aanleiding hebben gegeven tot de gepaste wetgeving, ter oplossing van de voor de burgers én voor de notariële praktijk gerezen problemen. Het CSW heeft hierop een impact gehad, die we hierna weergeven. Telkens gaat het over de akte of het attest, door een notaris op te maken, om aan te duiden wie de erfgenamen en legatarissen zijn die tot

⁵¹ Zie memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St. Kamer*, 54, nr. 2282/01, p. 46 en 47, waar uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan de geschriften van notaris Grégoire en van notaris Verstraete.

een nalatenschap geroepen zijn, nu gekend als het attest of de “akte van erfopvolging”.

39. Oorspronkelijk stelden de notarissen hiervoor een “akte van bekendheid” op, d.w.z. een akte waarin twee “getuigen” attesteerden wat algemeen bekend was met betrekking tot de overleden persoon en zijn nalatenschap. In de periode 1980-1990 werd, ook door notarissen, meer en meer in vraag gesteld of de tussenkomst van getuigen hiervoor wel zinvol was. Die beweerde getuigen konden immers niets bevestigen, omdat ze zelden de erflater werkelijk gekend hadden en vooral omdat ze zelden zelf over de correcte en relevante informatie beschikten die de notaris in de akte vermeldde. De notariële praktijk ontwikkelde daarom een akte van bekendheid “zonder getuigen”, wat eigenlijk een *contradictio in terminis* was⁵². Een betere term bleek deze te zijn van een “akte van erfopvolging” of een “erfrechtverklaring”. Deze nieuwe akte had evenwel geen enkele wettelijke grondslag. Toch werd ze ruimer en ruimer aangewend en ook, bijvoorbeeld tot op zekere hoogte, door de banken aanvaard. Evenzo door voorzitters van de rechtbank van aanleg, toen nog bevoegd voor de inbezitstelling van een algemene legataris die in een eigenhandig testament was aangeduid (art. 976 oud BW, in de versie die tot 2013 gold, d.w.z. tot aan de invoering van de familierechtbank).

De hypotheekbewaarders bleven evenwel oorspronkelijk weigeren om een “akte van bekendheid zonder getuigen” te aanvaarden als bewijs van de erfopvolging van een hypothecaire schuldeiser. Wanneer de erfgenamen van de hypothecaire schuldeiser instemmen met de opheffing en dus doorhaling van de hypothecaire inschrijving (door “handlichting” te verlenen), wilden de hypotheekbewaarders dat een “klassieke” akte van bekendheid met twee getuigen zou worden voorgesteld, tot bewijs dat deze personen wel degelijk de enige en ware erfgenamen van de schuldeiser waren. De bewijskracht van de akte van bekendheid steunt immers op unanieme rechtsleer en rechtspraak, zo stelden ze, terwijl er voor de “akte van bekendheid zonder getuigen” of “erfrechtverklaring”, zowel een wettelijke grondslag als sterke bevestigende rechtsleer ontbreekt, en zo goed als geen rechtspraak bestaat.

Dit specifieke aspect van de “akte van bekendheid zonder getuigen” maakte het voorwerp uit van het dossier 4310-4311 dat door het CSW nader werd besproken⁵³. Mede dankzij de positieve en constructieve houding van de heren Werdefroy en Martiny, die toen de Federatie van Hypotheekbewaarders in het CSW vertegenwoordigden, werd een pragmatische oplossing uitgewerkt. Een erfrechtverklaring kan worden aanvaard als bewijs van erfgenaamschap, voor

⁵² De heer Werdefroy zei: “Een akte van bekendheid zonder getuigen is geen bewijs van algemene bekendheid. Men kan dan evenzeer spreken van een getuigenbewijs zonder getuigen” (CSW 1995, dossier 4310-4311, p. 106).

⁵³ CSW 1995, dossier 4310-4311, p. 91-113.

zover de notaris in de akte kwijting-opheffing attesteert dat de schuldvordering voldaan is.

40. De wetgever heeft pas in 2009⁵⁴ voor een degelijke wettelijk ondersteunde oplossing gezorgd, door de invoering van een nieuw artikel 1240*bis* in het Burgerlijk Wetboek. Dat artikel was weliswaar uitsluitend geschreven met het oog op de deblokkering van banktegoeden van de overleden titularis van de bankrekening. Het kon evenwel niet anders uitgelegd worden dan als een algemeen te erkennen wettelijke basis voor de akte of het attest van erfopvolging. Het leed van dan af geen twijfel meer dat de notaris⁵⁵ een dergelijke akte of attest⁵⁶ kon opmaken, zonder getuigen, telkens als het bewijs van erfgenaamschap moest worden geleverd. Met de codificatie van 2022 werd dit in het toen herschreven artikel 4.59 BW expliciet bevestigd, en later⁵⁷ nader uitgewerkt om te komen tot de versie van artikel 4.59 BW die per 1 april 2023 in werking is getreden.

41. In dat nieuw artikel 4.59 BW wordt ook nader geregeld hoe de akte van erfopvolging moet worden opgevat die, overeenkomstig artikel 3.30 BW in de registers van de Patrimoniumdocumentatie (de vroegere hypotheekregisters) wordt overgeschreven. De gecombineerde artikelen 3.30 en 4.59 BW bereiken een doelstelling waar de notariële praktijk al lang om vroeg: de bekendmaking in deze registers van de verkrijging “ter zake des doods”⁵⁸ van onroerende zakenrechten.

Dat het oorspronkelijk hypothecair systeem enkel voorzag in publiciteit van overgangen “onder levenden” werd al lang aangeklaagd⁵⁹. Zeker ook door het notariaat⁶⁰. De memorie van toelichting bij boek 3 BW⁶¹ bevestigt dat: “*Het is een traditioneel pijnpunt dat men de overdracht ter zake des doods niet in de hypothecaire registers kon of moest overschrijven. Hierdoor ontstaat er een fragmentering van vastgoedinformatie. (...) Daarom voorziet artikel 3.30, 7° in een overschrijving van de akten van erfopvolging.*”

⁵⁴ Wet 6 mei 2009 houdende diverse bepalingen, *BS* 19 mei 2009.

⁵⁵ En, in sommige nader door de wet omschreven omstandigheden, ook aangewezen ambtenaren van FOD Financiën.

⁵⁶ Over het onderscheid tussen een akte en een attest had het CSW al in 1997 aandacht besteed, op verslag van notaris Gommaar Van Oosterwyck, *CSW* 1997/1, dossier 6293, p. 557-565.

⁵⁷ Wet 30 juli 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken, II, *BS* 8 augustus, en wet 6 december 2022 om justitie menselijker, sneller en straffer te maken, II*bis*, *BS* 21 december 2022.

⁵⁸ Zo staat het inderdaad in artikel 3.30, § 1, 7° BW. De uitdrukking dekt iedere overgang door of als gevolg van het overlijden, dus ook bijvoorbeeld de huwelijksvermogensrechtelijke verkrijging.

⁵⁹ Zie onder meer A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, “Onroerende en hypothecaire publiciteit. Organisatie en tegenwerpelijheid”, *RW* 1997-98, 1099-1120.

⁶⁰ Zie met name in de reeds veel eerder gepubliceerde studie van S. VAN ZURPELE, *Le Certificat de propriété immobilière: un nouvel acte notarié*, *Collection de recherche notariale publiée par la Fédération Royale des notaires de Belgique*, Louvain, Cabay, 1979, 198 p.

⁶¹ Wetsvoorstel houdende invoeging van boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer, 55, nr. 0173/1, p. 75.

Het leek ons dan ook verrassend te lezen dat het CSW 70 jaar geleden helemaal niet overtuigd was van het nut van een over te schrijven akte van erfopvolging⁶². Heel duidelijk werd de traditionele akte van bekendheid waarin verklaringen worden genoteerd door getuigen die nergens kennis van hebben, aangeklaagd, als het notariaat onwaardig. Meester Jean Baugniet drukte dat zo uit⁶³: *“L’acte de notoriété, tel qu’il est dressé actuellement, est indigne de l’institution notariale, car dans la plupart des cas, les témoins ignorent ce qu’ils attestent. Le notaire rédacteur est à même de s’informer des décès, domicile, etc. Il basera son attestation des faits matériels sur les certificats qui lui seront délivrés. Je préfère dès lors lui laisser toute la responsabilité de cet acte. L’intervention des héritiers ne s’impose pas plus que celle des témoins. Les tiers accordent foi à cet acte uniquement parce que le notaire en est en fait le rédacteur et en prend la responsabilité.”*

Tijdens de uitgebreide gedachtenwisseling werd ook de bewijskracht van de akte van erfopvolging besproken. Zo zei notaris Moreau de Melen: *“On ne peut accorder force probante, même par présomption juris tantum, à un certificat qui ne s’appuie qu’en partie sur des documents, mais avant tout est basé sur la notoriété et cela dans les faits matériels les plus importants à attester, tel que le nombre d’héritiers. (...) Mais je proclame la nécessité de réformer l’acte de notoriété actuel, absolument insuffisant (...), j’estime qu’il serait dangereux que la loi y attache une force probante spéciale.”*

Er was zoveel onzekerheid over het alternatief dat dan wel zou kunnen worden geboden, dat er geen beslissing kon worden genomen. Er bestond binnen het CSW geen meerderheid om de wetgeving aan te passen⁶⁴, noch zelfs om de overschrijving van de akte van erfopvolging waarin de overgang van onroerende goederen zou worden bevestigd, in te voeren⁶⁵. Jaren later is de oplossing dan toch uitgewerkt, en door het notariaat verwelkomd, door sommigen zelfs toegejuicht⁶⁶, ook in het belang van de burgers.

IV. ANALYSES DIE DE RECHTSPRAAK HEEFT BEVESTIGD

42. Ook voor dit thema beperken we ons tot slechts enkele aandachtspunten. De drie voorbeelden die we aanhalen van analyses die het CSW heeft gevoerd,

⁶² CSW 1952-2, p. 264, CSW 1953-1, p. 44 en CSW 1954-1, p. 183, dossier 959.

⁶³ CSW 1954-1, p. 180

⁶⁴ Conclusie na de debatten waarvoor notaris Moreau de Melen (zonder succes) drie verslagen in een model van akte heeft voorgelegd: *“Le Comité estime par 11 voix contre 5 que la législation [de akte van bekendheid met getuigen] doit être maintenue”* (CSW 1953-1, p. 63).

⁶⁵ M. le Président met aux voix la question de savoir s’il y a intérêt à exiger la transcription de l’acte de notoriété. Par 13 voix contre une (Me Moreau de Melen), le Comité répond négativement. Sommige leden gaven de voorkeur aan de overschrijving van een ander document, bijvoorbeeld van de aangifte van nalatenschap (!). CSW 1954-1, p. 183.

⁶⁶ M. DE CLERCQ, “De hypothecaire overschrijving van de akte van erfopvolging” in *Liber amicorum Alois Van den Bossche*, Brussel, die Keure, 2019, p. 445.

en die vervolgens door de rechtspraak in dezelfde zin zijn uitgesproken, zijn meestal, maar niet altijd, analyses die door een arrest van het Hof van Cassatie zijn bevestigd.

A. VERKLARINGEN EN EED BIJ HET AFSLUITEN VAN EEN BOEDELBSCHRIJVING

43. De eerlijkheid gebiedt ons echter om onder dit thema ook een dossier te vermelden waarin het CSW een standpunt heeft ingenomen dat helemaal *niet* door de rechtspraak is gevolgd. Het ging om een vraag over de verklaringen en de eed die erfgenamen moeten afleggen ter gelegenheid van de boedelbeschrijving na het overlijden van de nalatenschap⁶⁷.

Concreet: Een dochter krijgt van haar ouders een handgift van 200.000 frank. De notaris is hiervan op de hoogte. Na overlijden van de moeder wordt een boedelbeschrijving in het sterfhuis opgemaakt. De vier kinderen, waaronder de begiftigde dochter, zijn aanwezig. De dochter vermeldt de gift niet, en legt de eed af dat ze niets verduisterd heeft en dat ze van zodanige verduistering geen kennis draagt. Later vernemen de andere kinderen het bestaan van de gift, en verwijten hun zus meined. Ze verwijten de notaris ook medeplichtigheid aan meined, omdat hij de dochter niet geadviseerd heeft de handgift te vermelden. Ze worden beiden vervolgd. De notaris vraagt het CSW om in deze strafrechtelijke procedure te worden bijgestaan.

44. De feiten situeren zich in een periode (1969-1970) ten tijde van de invoering van het Gerechtelijk Wetboek én van de wijziging van artikel 226 Strafwetboek dat meined bij een boedelbeschrijving voor het eerst strafbaar stelt⁶⁸. Dat legt wellicht uit dat het CSW op zoek gaat naar argumenten ter verdediging van de notaris, om hem aan deze strafvervolgning te laten ontsnappen.

Het hele debat wordt gevoerd rond het verschil tussen hetgeen in de boedelbeschrijving moet worden verklaard en hetgeen waarover de eed moet worden afgelegd. In de boedelbeschrijving moeten weliswaar alle schenkingen worden opgegeven omdat ze ertoe bijdragen de omvang van de boedel nader te bepalen, zo bevestigt het CSW. De eedaflegging mag daarentegen beperkt blijven tot voorwerpen die zich in de plaatsen waar inventaris wordt opgemaakt bevinden of bevonden hebben; dat volgt uit de eedformule zelf. Bijgevolg moest de dochter de ontvangen schenking wel om civiele redenen opgeven, maar moest ze over die schenking geen eed afleggen, zo luidt het besluit van het CSW: “*Le serment exigé par la loi n’oblige pas la déclaration d’un don manuel.*” Merkwaardige poging om te stellen dat er geen sprake was van meined, en om dan

⁶⁷ CSW 1970, dossier 1562, p. 284 e.v.

⁶⁸ Het Gerechtelijk Wetboek werd ingevoerd bij wet van 10 oktober 1967, BS 31 oktober 1967. Dezelfde wet vulde artikel 226 Sw. aan om ook meined bij een boedelbeschrijving strafbaar te stellen. Dit nieuwe artikel trad in werking op 1 november 1968.

ook de notaris te behoeden voor een verwijt van medeplichtigheid: als de dochter geen meened, dus geen strafbaar feit, heeft gepleegd, dan ook de notaris niet, hoewel hij wist dat de dochter die schenking had ontvangen.

45. Het Hof van Cassatie heeft een dergelijke restrictieve interpretatie helemaal niet gevolgd. Reeds bij arrest van 29 oktober 1973⁶⁹ oordeelde het dat de boedelbeschrijving niet louter een bewarende maatregel is, maar ook een bewijskrachtige akte, tot de juistheid waarvan de partijen wettelijk verplicht zijn bij te dragen. De wet legt de eed op, niet alleen aan degenen die de plaatsen hebben bewoond, maar eveneens aan degenen die, zonder enig onderscheid, in het bezit zijn geweest van de voorwerpen behorende tot de massa. Een geldsom door de erflater gedurende zijn leven geschonken kan een “voorwerp” zijn, dat tot de boedel behoort en dus het voorwerp moet zijn van een verklaring. Het verzwijgen daarvan geldt als verduistering in de zin van artikel 1183-11° Ger.W. De begiftigde was dus, in het geval waarover het Hof van Cassatie moest oordelen, verplicht uit eigen beweging melding te maken van het bestaan van de schenking die hij gekregen heeft. Door wetens en willens hiervan geen melding te maken en door niettemin de bij de wet opgelegde eed af te leggen, heeft hij het misdrijf van meened gepleegd. Dat standpunt wordt sedertdien unaniem in de rechtsleer en de rechtspraak gevolgd.

B. IN WELKE NALATENSCHAP WORDT DE SCHENKING VAN EEN GEMEENSCHAPSGOED INGEBRACHT?

46. Deze vraag rijst telkens wanneer twee echtgenoten, gehuwd onder een gemeenschapsstelsel, samen een gemeenschappelijk goed schenken, aan één van hun kinderen. Traditioneel wordt de schenking dan geacht voor de helft van de ene ouder en voor de andere helft van de andere ouder te zijn uitgegaan. De schenking wordt dus bij overlijden van vader als eerst stervende, voor de helft van het geschonken goed in de nalatenschap van vader aangerekend⁷⁰, de andere helft zal later in de nalatenschap van moeder worden aangerekend. Wat echter als de huwelijksovereenkomst van de ouders een verblijvingsbeding bevatte, waardoor de hele gemeenschap aan de LLE wordt toegekend?

⁶⁹ *Arr.Cass.* 1974, 237; *Pas.* 1974, I, 221; *Rev.not.b.* 1973, 627, juportal.be. Sedertdien is de rechtspraak van het Hof van Cassatie constant dezelfde gebleven wat betreft de verplichting om *alle* schenkingen in een boedelbeschrijving aan te geven, zodat de niet spontane vermelding van een schenking moet leiden tot de toepassing van de civiele straf van heling en tot de vaststelling van meened, indien een persoon aan wie de eed wettelijk wordt opgedragen de ontvangen schenking verzwijgt en toch de eed van niet-verduistering aflegt.

⁷⁰ D.w.z. opgenomen in de rekenboedel om de omvang van de reserve en het beschikbaar deel te berekenen, en vervolgens op de reserve dan wel op het beschikbaar deel te worden aangerekend, al naargelang de schenking een voorschot op het erfdeel was (dus in te brengen) dan wel buiten erfdeel (dus vrijgesteld van inbreng).

47. De vraag kwam in 1999 aan bod in een dossier van de Nederlandse Kamer van het CSW⁷¹. Op het verslag van notaris Johan Verstraete bevestigde het CSW toen unaniem dat de schenking van een gemeenschapsgoed, gedaan door beide echtgenoten, voor de helft in elke nalatenschap moet worden verrekend. Ook indien in de huwelijksovereenkomst, voor of na de schenking, wordt voorzien in een ongelijke verdeling van de gemeenschap, of zelfs in een verblijvingsbeding. Het verdelingsbeding heeft immers, aldus notaris Verstraete, enkel betrekking op de gemeenschap zoals ze op het ogenblik van de ontbinding zal samengesteld zijn.

48. In 2017 kwam de vraag opnieuw aan bod⁷². Tegenover de “klassieke” strekking staat nu ook een “moderne” strekking. Volgens die moderne strekking moet de schenking aangerekend worden in elk van de nalatenschappen van de ouders-schenkers, volgens dezelfde verhouding als degene waarin de ouders in de gemeenschap gerechtigd zijn. Indien er dus een verblijvingsbeding ten voordele van de LLE was, dan wordt de schenking enkel in de nalatenschap van de LLE aangerekend, niet in de nalatenschap van de ouder die als eerste overlijdt. Deze strekking werd onderbouwd in een verslag van professor Alain-Laurent Verbeke en van dr. Ariadne Van den Broeck, later nog aangevuld door meester Bart Verdickt, waartegenover notaris Verstraete zijn “klassiek” standpunt, net zoals in 1999, blijft verdedigen.

49. In deze bespreking werd ook de vraag betrokken of één ouder ook alleen gemeenschapsgoederen, louter voor zijn rekening, kan schenken, en wat de impact daarvan is indien de andere ouder hiermee instemt zonder expliciet mee te schenken. Mede daardoor sleept de discussie aan en was ze in 2020 nog steeds niet door de Plenaire Kamer van het CSW gesloten.

50. Net dan sprak het Hof van Cassatie zich uit over de wijze van aanrekening van een schenking van gemeenschapsgoederen, indien de huwelijksovereenkomst van de schenkende ouders een verblijvingsbeding bevat. Het Hof stelde, mede op conclusie van advocaat-generaal Henri Vanderlinden⁷³, dat een “schenking moet worden ingebracht in, of met het oog op een eventuele inkorting fictief moet worden toegevoegd aan, de nalatenschap waartoe de geschonken goederen zou hebben behoord indien de schenking niet zou zijn verricht.” Daaruit volgt dat “wanneer tijdens het huwelijk door de echtgenoten gemeenschapsgoederen werden geschonken, de inbreng of de inkorting van deze schenking moet gebeuren in de nalatenschap van de vooroverleden echtgenoot in de mate dat de geschonken goederen, indien de schenking niet zou hebben plaatsgevonden, in

⁷¹ CSW 1999-2000, dossier 6296, p. 732-753.

⁷² CSW 2021/2, dossier 4415, p. 31-99.

⁷³ Waarin gesteld werd: “Ingevolge de huwelijksvoorwaarden moet de langstlevende dan ook beschouwd worden als de schenker voor het geheel van de schenkingen die tijdens het huwelijk plaats hadden zodat de inbreng en, gebeurlijke, inkorting dan ook slechts dient te geschieden bij het overlijden van de langstlevende.”

diens nalatenschap zouden zijn gevallen. Wanneer de huwelijksgemeenschap ingevolge een verblijvingsbeding in haar totaliteit toekomt aan de langstlevende echtgenoot, dient de erfrechtelijke verrekening door inbreng of inkorting daarentegen niet te gebeuren in de nalatenschap van de vooroverleden echtgenoot aangezien de geschonken goederen dan geen deel uitmaken van diens nalatenschap.”

51. Het Hof van Cassatie heeft dus de leden van het CSW die voorstanders waren van de “moderne strekking” gelijk gegeven. De grootste verdienste van het CSW hierbij is vooral dat het een forum is geweest voor een open en grondig debat over een vraag die zeer omstreden was.

Omdat het Hof van Cassatie zich lopende dat debat heeft uitgesproken, heeft het CSW geen definitief standpunt moeten innemen ten voordele van de ene dan wel van de andere strekking. Dat zou ook niet noodzakelijk zijn. Je kan geen unanimité forceren.

Ook het debat dat niet eindigt met een unaniem ingenomen standpunt waarachter alle leden van het CSW zich kunnen scharen, blijft voor het notariaat, en voor de juristen in het algemeen, een zinvol debat. Iedereen is er immers mee gebaat kennis te kunnen nemen van de argumenten voor de ene dan wel voor de andere strekking, om zo tot een eigen overtuiging te komen, op grond waarvan een eigen professionele attitude kan worden aangenomen.

C. VOORUITMAKING NAAR KEUZE

52. In 1989 besprak het CSW⁷⁴ een vraag in verband met een beding dat toen al in heel wat huwelijksovereenkomsten met keuze voor een gemeenschapsstelsel werd opgenomen. Het beding verleent de langstlevende van de echtgenoten voor het geval van ontbinding van het stelsel door overlijden, een recht van vooruitmaking. De LLE heeft aldus het recht om voor de verdeling uit het gemeenschappelijk vermogen vooraf te nemen, naar keuze, bijvoorbeeld “de gezinswoning en/of het huisraad dat zich daarin bevindt, en/of de liggende gelden en/of tegoeden op bank en spaarrekeningen, en/of effecten en waardepapieren, en/of in het algemeen, *alle goederen* die van het gemeenschappelijk vermogen afhangen en die de langstlevende zal wensen vooraf te nemen”. Daarbij wordt ook bedongen dat de LLE in de gemeenschappelijke schulden zal bijdragen in verhouding tot de waarde van de hem of haar toegedeelde goederen, te vermeerderen met de waarde van de door hem of haar vooruitgenomen goederen.

53. Op vraag van het Consultatiecentrum en op grond van een verslag van notaris Rodolphe Eeman bespreekt het CSW de geldigheid en de uitwerking van

⁷⁴ CSW 1989-1990, dossier 6152, p. 358 e.v.

dit beding. Er is wat aarzeling, omdat de vooruitmaking ook op een onroerend goed betrekking kan hebben, maar vooral omdat de vooruitmaking ertoe kan leiden dat “alle goederen” worden voorafgenomen, wat eigenlijk neerkomt op een verblijvingsbeding. De kwalificatie als vooruitmaking (vereffeningsbeding dat uitwerking heeft voor de verdeling) of als verblijvingsbeding (verdelingsbeding) is immers fundamenteel verschillend. In het besproken beding worden beide door mekaar gehaald. Daarom wordt het beding uiteindelijk *afgeraden*, in de mate waarin het toelaat om “alle gemeenschapsgoederen” vooraf te nemen⁷⁵.

54. Kort daarop oordeelt het hof van beroep van Antwerpen⁷⁶, dat een eerder vonnis van de rechtbank van eerste aanleg hervormt, over een gelijkaardig, maar niet identiek geformuleerd beding van vooruitmaking. Het verschil ligt hierin, dat na de opsomming van mogelijk vooruit te nemen goederen (te weten de lichamelijke roerende goederen in de gezinswoning, en alle “waardepapieren, banktegoeden en effecten”, evenals de gezinswoning), bedongen is dat de vooruitmaking “desgevallend alle roerende goederen en het actueel enig onroerend goed van de gemeenschap mag omvatten naar keuze van de LLE”. Het hof van beroep stelt vast dat de vooruitmaking krachtens een dergelijk beding *niet* kan slaan op het volledig gemeenschappelijk vermogen (waardoor het niet meer ten bijzonderen titel zou zijn bedongen). De gemeenschap kan immers nog andere voorwerpen en goederen omvatten, nu of later, dan degene die in het beding zijn aangeduid.

Dit arrest ligt dus in lijn met het standpunt dat het CSW had ingenomen: zolang de keuze niet kan slaan op de volledige gemeenschap, blijft het vooruitmakingsbeding geldig. Sedertdien wordt een vooruitmaking naar keuze dat deze limiet respecteert, algemeen aanvaard⁷⁷.

55. In 2013 wordt de vooruitmaking naar keuze opnieuw binnen het CSW besproken, ditmaal in een dossier dat zowel de civiele als de fiscale gevolgen bespreekt van keuzebedingen in een huwelijksovereenkomst. Na de discussie hierover, mede op grond van een uitgebreid verslag van professor Nicolas Geelhand de Merxem, bevestigt het CSW de mogelijkheden die een beding van vooruitmaking biedt. Opnieuw gaat aandacht na de vooruitmaking van een onroerend goed.

⁷⁵ Ook beveelt het CSW aan om aandacht te besteden aan de gevolgen van de vooruitmaking voor de *contributio* of bijdrage van de echtgenoten in het gemeenschappelijk passief. De vooruitmaking is een verrichting ten bijzonderen titel die in principe niet gepaard gaat met de verplichting om een groter aandeel in de gemeenschapsschulden te voldoen. Ook wij menen dat het correcter is om het beding aan te vullen met een verplichting tot proportionele bijdrage in de gemeenschappelijke schulden.

⁷⁶ Antwerpen 6 december 1989, *RW* 1989-90, noot H. DE DECKER, *Rec.gén.enr.not.* 1990, 342; *RNB* 1190, 325, *T.Not.* 1990, 226 (dat ten onrechte de datum van 19 januari 1989 vermeldt, d.i. de datum van het hervormde vonnis Rb. Antwerpen).

⁷⁷ Zie bv. V. LESSELIERS, “Een voorstel van keuzebeding zonder fiscale kopzorgen - een pleidooi voor het keuzebeding bij vooruitmaking”, *NFM* 2017/1, p. 22-28 met voorbeelden van dergelijke clausules.

Iedereen is het erover eens dat de keuze voor de vooruit te maken goederen in de aangifte van nalatenschap moet worden vermeld. Met name rijst de vraag naar de tegenwerpelijkheid van de verkrijging van het onroerend goed door de LLE alleen. Kan hiervan een akte worden opgemaakt, door wie moet de akte worden ondertekend, en kan die akte in de hypotheekregisters (nu registers van de Patrimoniumdocumentatie/Rechtszekerheid) worden overgeschreven? Deze laatste vraag wijst op de toen nog bestaande lacune in het stelsel van onroerende publiciteit, omdat de wet niet voorzag in enige melding, in die registers, van de overgang van zakelijke onroerende goederen door of wegens overlijden. Dit is ondertussen wettelijk verholpen (zie nr. 41).

D. INBRENG IN GEMEENSCHAP ONDER ONTBINDENDE VOORWAARDE

56. Nog steeds in het domein van het huwelijksvermogensrecht rees in verschillende CSW-dossiers de vraag of bij inbreng van goederen in gemeenschap, in het huwelijkscontract kon worden bedongen dat, in geval van echtscheiding, de inbrengende echtgenoot de ingebrachte goederen zou mogen terugnemen, in natura.

57. Het CSW besprak deze vraag een *eerste maal* in 1979, op verzoek van de Conferentie (“Studiekring”) van Notarissen van Antwerpen, die over de geldigheid van volgende clause had gedebatteerd: *“In geval van ontbinding van het gemeenschappelijk vermogen door om het even welke andere oorzaak [dan het overlijden] zal het ingebrachte goed worden teruggenomen in volle eigendom door de inbrengende echtgenoot de heer [...] ten titel van vooruitmaking, op last van het gemeenschappelijk vermogen te vergoeden door de schuld die het goed bezwaard heeft en die door het gemeenschappelijk vermogen werd terugbetaald.”*

De discussie binnen de Conferentie van Antwerpen was vooral gericht op de woorden “ten titel van vooruitmaking”, omdat twijfels rezen over de mogelijkheid om een vooruitmaking te bedingen voor het geval van echtscheiding. De vooruitmaking werd in artikel 1457 oud BW immers vermeld als een beding dat ten voordele van de langstlevende kon worden bedongen. Sommigen leidden daaruit af dat ze niet kon worden bedongen voor het geval van echtscheiding, ook niet ten voordele van de inbrengende echtgenoot zelf. Waarop dan weer werd gerepliceerd dat er met het hier besproken inbrengbeding geen sprake was van een vooruitmaking van het ingebrachte goed in de zin van artikel 1457 oud BW. Het beding liet enkel de inbrengende echtgenoot toe het ingebrachte goed terug te nemen in geval van ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding. Het ging dus om een bijzondere verdelingsmodaliteit voor het geval van echtscheiding. Of was het niet eerder zonder meer een voorwaardelijke inbreng, met andere woorden een inbreng die door de echtscheiding ongedaan werd gemaakt: een voorwaardelijke inbreng, die toegelaten zou zijn, voor ze zover ze niet zuiver potestatief zou zijn?

Wat dan met het argument dat de clause in strijd zou zijn met de relatieve onveranderlijkheid van het gekozen regime? “Door te scheiden wijzigt men het lot, het statuut van zekere goederen. Dat kan toch niet”, zo werd geopperd.

De vraag werd aan het CSW voorgelegd en professor Baeteman diende een verslag in. Zijn besluit werd als volgt opgebouwd. Het beding van terugname van in gemeenschap gebrachte goederen, louter voor het geval van ontbinding van het stelsel door echtscheiding, is een regeling met betrekking tot de vereffening en verdeling van de bedongen gemeenschap, die toegelaten is. Hierdoor wordt niet geraakt aan de werking zelf van het stelsel, dat hierdoor niet voorwaardelijk wordt. Wel moet aandacht gaan naar een eventuele vergoeding aan de gemeenschap voor het geval zij de schuld (geheel of gedeeltelijk) heeft voldaan waarmee het ingebrachte goed was bezwaard toen het in gemeenschap werd gebracht.

Op twee stemmen na, werd het verslag van professor Baeteman goedgekeurd⁷⁸.

58. Een *tweede maal* kwam de vraag naar de mogelijkheid van inbreng onder ontbindende voorwaarde ter sprake in een dossier dat door de Nederlandse Kamer van het CSW werd behandeld, op verslag van notaris Hans De Decker⁷⁹. De aandacht was hier gericht op twee specifieke elementen van het dossier. Een onroerend goed zou worden ingebracht in een gemeenschap, die slechts uit één goed zou bestaan; de inbreng zou gebeuren onder ontbindende voorwaarde: zowel in geval van inleiding van echtscheidingseis, als in geval van ontbinding van het stelsel door een andere oorzaak dan het overlijden, zou de inbreng ontbonden worden.

Het Comité meende dat het verbinden van een ontbindende voorwaarde aan de inbreng moest worden afgeraden, omdat dit zou kunnen strijden met het principe van bestendigheid en stabiliteit van het huwelijksstelsel. Beter zou het zijn om te voorzien in een beding van terugname ten voordele van de echtgenoot-inbrenger, waardoor hij dit goed bij ontbinding van het stelsel om een andere reden dan het overlijden aan die echtgenoot zou worden toegewezen, zonder aanrekening op zijn deel.

59. In het *derde dossier*⁸⁰ kwamen vooral de fiscale gevolgen van de inbreng in gemeenschap ter sprake. Indien louter sprake is van een terugname van het ingebrachte onroerend goed als modaliteit van de vereffening en verdeling van de gemeenschap, dan zou hierop het verdelingsrecht verschuldigd kunnen zijn. Om dat te vermijden werd dus nader onderzocht of de inbreng toch niet beter onder ontbindende voorwaarde zou worden bedongen.

⁷⁸ CSW 1979, dossier 6053, p. 127-148.

⁷⁹ CSW 1991-1992, dossier 6207, p. 524-534.

⁸⁰ CSW 2007, dossier 4379, p. 203-262.

Daarop rees dan opnieuw de vraag of een dergelijke ontbindende voorwaarde wel geldig zou zijn; ze zou immers louter potestatief zijn. Zo ook voor de vraag of de ontbindende voorwaarde wel verenigbaar zou zijn met het vereiste van stabiliteit van het huwelijkstelsel, en met het vereiste van coherentie van het huwelijkstelsel.

Op al deze vragen antwoordde het CSW uiteindelijk positief, steunend op de verslagen van professor Yves-Henri Leleu en van notaris Dirk Michiels, en ondanks de terughoudendheid van notaris De Decker en van dr. Julie De Coninck. De beslissing luidde dus dat aan de inbreng in gemeenschap een ontbindende voorwaarde kan worden verbonden. Dit is geldig, verenigbaar met het vereiste van stabiliteit en met het vereiste van coherentie van het huwelijkstelsel.

Het viel daarbij op hoe zwaar er getild werd aan de retroactieve werking van de vervulling van de ontbindende voorwaarde. Deze bleek essentieel om het gewenste fiscaal gevolg te bereiken, maar leidde tot aarzeling over het effect daarvan voor de werking van het huwelijkstelsel tussen de echtgenoten zelf, en zeker ook ten aanzien van derden.

Uiteindelijk luidde het besluit van de Plenaire Kamer van het CSW: *“De rechtsgeldigheid van de inbreng in gemeenschap van een goed onder ontbindende voorwaarde wordt aanvaard; de terugwerkende kracht van een dergelijk beding geldt ook ten aanzien van derden.”*

60. Enkele jaren later moet het Hof van Cassatie⁸¹ zich over een beding uitspreken dat als volgt in een huwelijkscontract was opgenomen: *“ingeval het huwelijk ontbonden wordt door echtscheiding, mevrouw S. D. C. het recht heeft de grond terug te nemen zonder enige vergoeding verschuldigd te zijn dienaangaande, doch wel mits vergoeding van de opgerichte gebouwen aan het gemeenschappelijke huwelijksvermogen”*.

Het ging om een fiscaal geding: zou op de terugname door de inbrengster na echtscheiding het verdeelrecht verschuldigd zijn of niet? De appelrechter had geoordeeld dat er geen sprake kon zijn van een ontbindende voorwaarde. Er was immers een terugname als gevolg van de keuze van de vrouw, waarvoor ze als deelgenote handelde en waarop dus het verdeelrecht mocht worden geheven.

Het Hof van Cassatie besliste dat “de appelrechter die oordeelt dat de voormelde clause geen ontbindende voorwaarde kan uitmaken omdat de keuze die in de clause aan S.D.C. wordt gegeven om in geval van echtscheiding haar recht op terugname al dan niet uit te oefenen, aan het beding zijn automatische uitwer-

⁸¹ Cass. 14 oktober 2021, AR F.20.0081.N, juportal.be, met concl. Adv. Gen. J. VAN DER FRAENEN; *NJW* 2022/459, 276, noot M. AERTS; *RABG* 2022/2-3, 255, noot S. MELIS; *Rec.gén.enr.not.* 2022/1, 22, noot A. CULOT; *Fiscoloog* 2021/1722, 13; *TBBR* 2023/1, 16, noot HIGNY; *T.Not.* 2022/1, 78, noot A. GHYSENS; *TFR* 2023/639, 377.

king ontnemt, en die op die grond oordeelt dat het evenredig verdeelrecht van toepassing is, zijn beslissing niet naar recht verantwoord”.

Het Hof van Cassatie maakt dus geen onderscheid tussen een inbreng met conventioneel recht van terugname in geval van echtscheiding, enerzijds, en een inbreng onder ontbindende voorwaarde van echtscheiding, anderzijds. Ook als de clausule uitdrukkelijk vermeldt dat er sprake is van een recht van terugname, moet dit met een ontbindende voorwaarde gelijkgesteld worden, weze het met een *optionele* ontbindende voorwaarde. De inbrengster heeft immers “het recht” om het ingebrachte goed terug te nemen; ze kan dus nog beslissen of ze dit recht uitoefent of niet. Dit ontnemt aan de vervulling van de ontbindende voorwaarde haar automatische uitwerking niet.

61. Bijzonder lezenswaardig in dit verband zijn de conclusies van advocaat-generaal J. Van der Fraenen die aan dit arrest voorafgingen. In deze conclusies oppert de advocaat-generaal dat “*indien de vervulling van de ontbindende voorwaarde afhankelijk is van de wil van één van de partijen dit het automatische en van rechtswege karakter van het beding niet ontnemt. Alleen zal dit automatische en van rechtswege karakter slechts intreden vanaf het ogenblik dat de partij diens wil heeft geuit in die zin. Zo zal er door dit automatische en van rechtswege karakter geen sprake dienen te zijn van een rechterlijke tussenkomst.*”

Verder haalt de advocaat-generaal ook de vraag aan of de ontbindende voorwaarde die aan de inbreng in gemeenschap is gekoppeld, wel verenigbaar is met het bestendighedsprincipe waaraan huwelijksvermogensstelsels moeten voldoen. Hij schrijft: “*Bepaalde auteurs zijn van mening dat hier mogelijks een onverenigbaarheid voorligt. Niettemin is vandaag de meerderheidsstrekking hiervan minder overtuigd omdat de voorwaarde enkel uitwerking krijgt bij ontbinding van het huwelijksvermogensstelsel.*” Hij citeert daarbij expliciet het standpunt van het Comité voor Studie en Wetgeving en de reeds vermelde verslagen van professor Y.-H. Leleu en van notaris Dirk Michiels in het eveneens reeds geciteerde dossier 4379 (zie nr. 59).

Over de mogelijke potestativiteit van de optionele ontbindende voorwaarde schrijft de advocaat-generaal verder dat er sprake is van een *dubbele* ontbindende voorwaarde. De eerste voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een echtscheiding (d.i. een gemengde potestatieve voorwaarde); de tweede voorwaarde is dat de inbrengster het recht van terugname wenst uit te oefenen (d.i. een zuiver potestatieve voorwaarde⁸²). Indien beide (potestatieve) ontbindende voorwaarden vervuld zijn, zullen ze automatisch en van rechtswege uitwerking krijgen, zonder tussenkomst van een rechter én retroactief⁸³.

⁸² En naar ons oordeel, eerder een opschortende dan een ontbindende voorwaarde. Voor de uiteindelijke conclusie is dit evenwel niet relevant.

⁸³ In boek 5 BW “Verbintenissen”, dat per 1 januari 2023 in werking is getreden, wordt de uitwerking van rechtswege van de vervulling van de ontbindende voorwaarde en van de opschortende voorwaarde

De conclusie van de advocaat-generaal was dan ook dat het arrest van de appelrechter moest worden vernietigd. Zo luidde vervolgens ook het dictum van het Hof van Cassatie in deze zaak.

De verslagen en de debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving hebben dus duidelijk de aandacht van het Hof van Cassatie gekregen.

62. Aansluitend op het voorgaande vermelden we nog een vierde CSW-dossier⁸⁴ waarin de vraag werd gesteld naar de geldigheid van een beding van “inbreng in onverdeeldheid” in een stelsel van scheiding van goederen, indien aan die inbreng een ontbindende voorwaarde van echtscheiding (of van vooroverlijden van de niet-inbrengende echtgenoot) werd verbonden. Ook in dit dossier besliste het CSW⁸⁵ dat de potestativiteit van de ontbindende voorwaarde geoorloofd was, en dat er geen sprake was van strijdigheid met het principe van bestendigheid van het huwelijksstelsel, noch met het statutair karakter van het huwelijksstelsel, noch met het principe van coherentie van het huwelijksstelsel.

E. VEREFFENINGSCLAUSULES EN HET VEREISTE VAN COHERENTIE VAN HET HUWELIJKSSTELSEL

63. Het vereiste van coherentie van het huwelijksstelsel stond centraal bij de bespreking van een dossier dat het CSW in 1987-1988 besproken heeft⁸⁶. Het consultatiecentrum heeft aan het CSW de vraag voorgelegd, waarmee het reeds meermaals werd geconfronteerd. Het betreft een clause die als volgt gereïdigeerd is: “*Clause de liquidation – A la dissolution de la communauté il ne sera établi aucun compte de reprises et récompenses entre les époux, les comptes qui pourraient être dus entre le patrimoine commun et les patrimoines propres étant censés établis au jour le jour.*” Is een dergelijk beding wel geldig?

64. De bespreking binnen het CSW werd gevoed door verschillende verslagen, ingediend door notaris Alain Deliège, notaris Hélène Casman, professor Robert Pirson, notaris Michel Grégoire, notaris André De Boungne.

Sommige verslaggevers meenden dat de clause een aantasting inhoudt van het vereiste van coherentie, d.w.z. van het vereiste van interne logica van het stelsel en van afwezigheid van tegenstrijdigheid tussen de elementen ervan. Andere verslaggevers vonden niet meteen een reden om aan de geldigheid van de clause te twijfelen, althans niet op grond van strijdigheid met de openbare

expliciet bevestigd. De wet voorziet evenwel niet meer in enige retroactieve werking van de vervulling van een voorwaarde, wel in een restitutieplicht als gevolg van de ontbinding die daar het gevolg van is. Zie art. 5.147 BW.

⁸⁴ CSW 2022/2, dossier 6403, p. 117.

⁸⁵ Op basis van ons beider verslag.

⁸⁶ CSW 1988, dossier 4204-4205, p. 17-62.

orde. Het nut van de clause werd ook in vraag gesteld. Verder werd er ook op gewezen dat de clause die ervan uitgaat dat vergoedingen tijdens het huwelijk worden voldaan, in strijd is met het verbod van anticipatieve vereffening van het stelsel. De clause creëert overigens een vermoeden, gestoeld op een veronderstelling die in de feiten nooit waar kan zijn, nl. dat vergoedingen “dag per dag” kunnen worden voldaan.

Het CSW was dan ook verdeeld over de vraag naar de geldigheid van de clause. 12 leden oordeelden dat de clause ongeoorloofd is. 5 leden meenden dat ze geldig is. 2 hebben zich onthouden.

Daartegenover staat dat het Comité unaniem oordeelde dat de clause absoluut moet worden afgeraden omdat ze “gevaarlijk en inopportuun” is.

65. Jaren later wordt de vraag aan het Hof van Cassatie voorgelegd, met betrekking tot een clause in een huwelijkscontract waarin de echtgenoten hadden gekozen voor een gemeenschapsstelsel. De clause luidde als volgt⁸⁷: *“Bij de ontbinding van de gemeenschap zal er geen rekening van terugnemingen en vergoedingen tussen de echtgenoten worden opgemaakt. De rekeningen die zouden verschuldigd zijn tussen het gemeenschappelijk vermogen en de eigen vermogens zullen vermoed worden van dag tot dag te zijn opgesteld.”*

In een arrest van 19 maart 2007⁸⁸ oordeelt het Hof van Cassatie dat de clause niet strijdig is met de openbare orde, omdat “alleen de wetgeving die de wezenlijke belangen van de Staat of de gemeenschap of het gewest betreft of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust, van openbare orde [is]”.

Het Hof werpt evenwel zelf op dat de clause, hoewel niet in strijd met de openbare orde, nietig zou kunnen zijn omdat ze onverenigbaar is met de essentiële kenmerken van een gemeenschapsstelsel. Daarom beslist het Hof om deze zaak op te schorten, zodat alle partijen nopens deze kwalificatie van de clause standpunt kunnen innemen.

In het daaropvolgend arrest van 17 november 2007⁸⁹ trancheert het Hof ook deze vraag. Het oordeelt dat een huwelijkscontract, ter bescherming van de vermogens van de echtgenoten, geen bedingen mag bevatten die de essentie van het gekozen stelsel aantasten. In een stelsel van gemeenschap zijn de drie vermogens, dat van elke echtgenoot en het gemeenschappelijk vermogen, en

⁸⁷ Dit is dus letterlijk dezelfde clause als degene waarover het CSW had gedebatteerd.

⁸⁸ AR C.03.0582.N; *Arr.Cass.* 2007/3, 645, juportal.be; *Pas.* 2007/3, 555; *RTDF* 2007/ 4, 1256 en 2008/4, 1307; *RW* 2007-08/13, 533 noot J. DU MONGH en C. DECLERCK; *T.Not.* 2009/1, 47.

⁸⁹ AR C.03.0582.N; *Arr.Cass.* 2007/9, 1639, juportal.be; *NJW* 2007, afl. 170, 797, noot G. DE MAESENEIRE; *Pas.* 2007/9, 1523; *RTDF* 2008/4, 1300; *RW* 2007-08/13, 534 noot J. DU MONGH en C. DECLERCK; *T.Fam.* 2008/4, 72, noot K. BOONE.

de verrekeningen tussen die stelsels, essentieel. Verder, dat echtgenoten in hun huwelijksvoorwaarden het bewijs kunnen regelen van verrekeningen tussen de vermogens, in die zin dat de verrekeningen geacht worden van dag tot dag te zijn opgesteld. Indien echter wordt overeengekomen dat het tegenbewijs daarvan niet zal mogen worden geleverd, of dat er bij de ontbinding van het stelsel geen vergoedingsrekeningen mogen worden opgemaakt, tast dit de essentie van het gemeenschapsstelsel wel aan, omdat daarmee de belangen van de beide partijen in het huwelijk niet meer beschermd zijn. Dergelijk beding is dus wel degelijk strijdig met het dwingend recht van elke echtgenoot op verrekening. De echtgenoten kunnen daarom, noch in het huwelijkscontract noch bij de wijziging ervan tijdens het huwelijk, afstand doen van het opstellen van een vergoedingsrekening.

66. Het Hof van Cassatie heeft de vraag die het CSW verdeelde, aldus getrancheerd, en het coherentievereiste, dat niet in de wet was ingeschreven, bevestigd. Ter gelegenheid van de codificatie van 2022⁹⁰ is dat vereiste dan ook expliciet in de wet ingeschreven (zie art. 2.3.1 BW).

67. Aansluitend op dat arrest van Cassatie rees de vraag over welke ruimte de echtgenoten beschikken om via vereffeningsbedingen in hun huwelijksovereenkomst een conventionele regeling uit te werken die voor het opmaken van vergoedingsrekeningen van de wettelijke regeling afwijkt. Dit bespreken we onder het volgende thema, waarin we dossiers aanhalen waarin het CSW reageerde op nieuwe wetgeving of nieuwe rechtspraak, en blijk gaf van uitgesproken reactiviteit.

V. REACTIVITEIT DIE DE NOTARIËLE PRAKTIJK INSPIREERT

A. VEREFFENINGSCLAUSULES EN HET VEREISTE VAN COHERENTIE (VERVOLG)

68. We haalden zonet het arrest van het Hof van Cassatie aan, dat bevestigd heeft dat vergoedingsrekeningen een essentieel element vormen van ieder gemeenschapsstelsel, en dat echtgenoten ze omwille van het coherentievereiste dus in hun huwelijksovereenkomst met keuze voor een gemeenschapsstelsel niet “als dusdanig” kunnen uitschakelen (zie nr. 65). Aansluitend daarop debatteerde het CSW over de vraag naar toegelaten en niet-toegelaten bedingen waarin zou worden afgeweken van de regels inzake vergoedingen zoals in de wet bepaald. Deze vraag is nog volledig actueel, nu het coherentievereiste in de wet is ingeschreven.

⁹⁰ Door de wet van 19 januari 2022, houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 14 maart 2022, in werking getreden op 1 juli 2022. Verder in de tekst vermeld als “de codificatie van 2022”.

69. Het debat hierover wordt in 2009-2010⁹¹ in de Nederlandse Kamer van het CSW gevoerd, vertrekkend van het verslag van meester Nicolas Geelhand de Merxem. Daarin onderscheidt de verslaggever verschillende mogelijke varianten van vergoedingsclausules, en toetst hij ze zowel aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie als aan de recente rechtsleer.

Hij legt daarin ook uit waarom het “coherentievereiste” beter het “consistentievereiste” zou worden genoemd. In artikel 2.3.1 BW is echter in navolging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie de uitdrukking coherentievereiste overgenomen.

Het CSW bespreekt dit verslag uitvoerig en na afloop van de debatten wordt het goedgekeurd. Het besluit van het CSW luidt dan ook dat een beding waarin echtgenoten vooraf *verzaken* aan elke mogelijke vergoedingsregeling (al of niet op grond van het vermoeden van afrekening van dag op dag), nietig is wegens inconsistentie. Het beding waarin echtgenoten enkel (weerlegbaar) *vermoeden* dat vergoedingen van dag op dag zijn geregeld, is niet strijdig met het consistentiebeginsel, maar toch af te raden omdat het misleidend is, en “moeilijk te begrijpen”. O.i. is het niet zozeer de vraag of het beding moeilijk te begrijpen is, dan wel of het voor de echtgenoten mogelijk is om de draagwijdte en de gevolgen ervan op langere termijn in te schatten. Het is inderdaad niet gemakkelijk om de impact van dergelijke bedingen volledig in te schatten, terwijl ze slechts ver in de toekomst, bij de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding of overlijden, uitwerking zullen krijgen⁹².

70. Tijdens het debat over dit dossier hebben enkele leden nadrukkelijk de vraag gesteld of het voor echtgenoten mogelijk zou zijn om tijdens het huwelijk, via een akte van wijziging van hun huwelijksstelsel, vast te stellen dat *bepaalde* vergoedingen tijdens het huwelijk, dus zonder de vereffening van het stelsel af te wachten, verrekend zijn of mogen worden. Dit zou onder meer toelaten om een bedrag, dat een echtgenoot uit de gemeenschap ontvangt ten titel van vervroegd uitgekeerde vergoeding, meteen voor rekening van zijn eigen vermogen aan te wenden of te herbeleggen.

Ook daaromtrent was er tussen de leden van het CSW verdeeldheid. Een dergelijke afspraak zou immers, aldus sommige leden, neerkomen op een anticipatieve vereffening van het stelsel, en daarom slechts mogelijk zijn als het stelsel ook eerst ontbonden wordt.

⁹¹ CSW 2010-2011, dossier 6354, p. 241-281.

⁹² De noodzaak van een “volle draagwijdte besef-check” hebben we ook benadrukt in het raam van erfovereenkomsten, zie H. CASMAN en A.-L. VERBEKE, “De globale erfovereenkomst”, *TEP Thema Book 2*, 2023, p. 47, nr. 116, verwijzend naar A.-L. VERBEKE, m.m.v. K. BOLLEN en T. BESIEUX, “De notaris als procesbewaker bij het zoeken naar een evenwichtige globale erfovereenkomst” in *Notariële actualiteit. Leuvense Notariële Geschriften*, Anwerpen, Intersentia, 2019, 55-75.

71. In een later CSW-dossier⁹³ heeft ere-notaris Casman toegelicht waarom het volgens haar mogelijk is om tijdens het huwelijk en zonder voorafgaande ontbinding van het stelsel tot vervroegde uitkering van een specifiek aangewezen verschuldigde vergoeding over te gaan. Er is geen sprake van anticipatieve vereffening van de gemeenschap, indien echtgenoten zich beperken tot de anticipatieve afrekening over één specifieke vergoeding. Omdat dit een afwijking inhoudt van het principe dat alle wederzijdse vergoedingen in één rekening worden opgenomen, moet deze specifieke afwijking in de huwelijksovereenkomst worden overeengekomen. Dat kan perfect geldig gebeuren, omdat die afwijking niet in strijd is met enige huwelijksvermogensrechtelijke regel van dwingend recht. Hiervoor heeft Casman ook een voorbeeld van clause geredigeerd.

Dat dossier, dat gestart was met een vraag over de gevolgen van vermenging van eigen en gemeenschapsgelden op een bankrekening, is uitvoerig besproken. Het heeft echter niet geleid tot een definitieve conclusie van het CSW, in het bijzonder niet over de mogelijkheid van vervroegde uitkering van een specifieke vergoeding. Het voorstel van Hélène Casman was er net op gericht de eigen gelden die onherroepelijk met gemeenschapsgelden zijn vermengd, toch tijdens het huwelijk naar het eigen vermogen te laten terugkeren, via een vervroegd uitbetaalde vergoeding⁹⁴. De diverse verslagen die in dit dossier zijn opgemaakt, ook dat van professor Yves-Henri Leleu en dat van erenotaris Christian De Wulf, en de debatten die daarover zijn gevoerd, zijn evenwel niet gepubliceerd. Naar verluidt was de reden daarvan dat publicatie niet gewenst was omwille van te uitgesproken meningsverschillen. Wij betreuren dit uiteraard. Wij vinden een dergelijke beslissing tot niet-publicatie onbegrijpelijk, omdat ze haaks staat op de debatacultuur die het CSW in de regel omarmt.

B. HERROEPBARE SCHENKINGEN EN CONTRACTUELE ERFSTELLINGEN

72. In de loop van de jaren heeft het CSW nogal wat vragen onderzocht in verband met schenkingen tussen echtgenoten, vooral van schenkingen van toekomstige goederen of contractuele erfstellingen. Met name ging veel aandacht naar de gevolgen van de echtscheiding op dergelijke schenkingen.

Vele van deze vragen zijn op vandaag niet meer actueel, omdat artikel 299 oud BW, zoals door de Huwelijksvermogenswet 2018 gewijzigd⁹⁵, nu voorziet in het verval van overlevingsrechten die de echtgenoten mekaar hebben toegestaan. Dit geldt dus ook voor contractuele erfstellingen. Ook als ze in de huwelijks-

⁹³ Dossier 6394, niet gepubliceerd.

⁹⁴ Zie hierover ook DEKKERS-CASMAN-VERBEKE-ALOFS, *Relatievermogensrecht na de codificatie van 2022*, Intersentia, 2023, p. 232, nr. 247.

⁹⁵ Door de wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en diverse andere bepalingen wat het huwelijksvermogensrecht betreft en tot wijziging van de wet van 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse bepalingen ter zake, *BS* 27 juli 2018, hierna vermeld als de Huwelijksvermogenswet van 2018.

overeenkomst zijn toegestaan, en dus tijdens het huwelijk onherroepelijk zijn, vervallen ze door de echtscheiding. Artikel 299 oud BW voorzag oorspronkelijk enkel in het verlies van “voordelen” voor de echtgenoot die aan de echtscheiding schuldig was. De “onschuldige” echtgenoot, d.w.z. de echtgenoot die de echtscheiding tegen de andere had verkregen, kon dus het voordeel van onder meer een contractuele erfstelling behouden (art. 300 oud BW, thans opgeheven). Die onschuldige echtgenoot kon zich er dus ook jaren na de echtscheiding op beroepen, op het ogenblik waarop de schuldige echtgenoot zou overlijden.

Dat heeft ertoe geleid dat de contractuele erfstellingen in de huwelijksovereenkomst werden bedongen “voor zover het huwelijk niet door echtscheiding [of scheiding van tafel en bed] wordt ontbonden”. Voor zover contractuele erfstellingen in de huwelijksovereenkomst nu nog voorkomen worden ze, gelet op de actuele versie van artikel 299 oud BW, ook bedongen “enkel voor het geval dat het huwelijk door overlijden wordt ontbonden”⁹⁶, soms zelfs met uitsluiting van de hypothese waarin het huwelijk wordt ontbonden door overlijden, terwijl het echtpaar feitelijk gescheiden leefde om redenen die op een verstoorde verstandhouding tussen hen wijst.

73. We hebben in de context van schenkingen en echtscheiding drie CSW-dossiers geselecteerd. Twee daarvan hebben betrekking op het onherroepelijk maken van herroepelijke schenkingen in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, terwijl de vraag ook buiten de context van een echtscheiding door onderlinge toestemming relevant kan zijn, ook op vandaag. Het derde lijkt anekdotisch, maar behandelt nochtans een vraag (over de intrekking van de herroeping van een herroepelijke schenking) die met name tussen echtgenoten volledig actueel blijft.

74. Het *eerste dossier*⁹⁷ betreft een herroepbare schenking van actuele of tegenwoordige goederen, die de ene echtgenoot aan de andere heeft gedaan. Het echtpaar wil door onderlinge toestemming (EOT) scheiden, maar de begiftigde echtgenote wil zeker zijn dat ze het risico niet loopt dat haar (ex-) echtgenoot de schenking na de echtscheiding toch nog zou herroepen. Een herroepbare schenking blijft immers ook na ontbinding van het huwelijk (door overlijden van de begiftigde of door echtscheiding) herroepelijk. Het antwoord op de vraag is dus niet evident, en wordt daarom aan het CSW voorgelegd.

Notaris Frans Bouckaert brengt hierover verslag uit en concludeert dat de echtgenoten in de overeenkomst die ze voorafgaand aan hun EOT sluiten, en die wettelijk als “vergelijk” of “dading” kwalificeert (art. 1287 Ger.W.), rechtsgel-

⁹⁶ Dat een dergelijke voorwaarde geoorloofd is, en geen fundamenteel recht noch vrijheid aantast, werd reeds bevestigd door het Hof van beroep van Gent bij arrest van 13 mei 1954, nader toegelicht in de noot van R. SPILMAN, *RCJB* 1956, 99 e.v.

⁹⁷ *CSW* 1988, dossier nr. 6144, p. 383-387.

dig de herroepelijke schenking onherroepelijk kunnen maken. De Nederlandse Kamer van het CSW keurt dat verslag goed.

De vraag kan rijzen of het antwoord nog onder de nieuwe Erfwet van 2018 geldt, nu de contouren van de toegelaten erfovereenkomsten strakker zijn afgebakend dan voorheen. We denken dat in de context die in dit dossier werd geschetst, de echtgenoten sedert 1 september 2018 (datum van inwerkingtreding van het nieuwe erfrecht) beter de herroepelijke schenking eerst onherroepelijk maken door ze in een huwelijksovereenkomst op te nemen en te bevestigen, vooraleer ze de overeenkomst voorafgaand aan hun EOT ondertekenen.

75. Het *tweede dossier*⁹⁸ betreft een onherroepelijke wederzijdse contractuele erfstelling die *niet* afhankelijk was gesteld van de ontbinding van het huwelijk door overlijden. De contractuele erfstelling zou dus niet vervallen bij echtscheiding. Deze echtgenoten scheiden inderdaad, en doen dit door onderlinge toestemming. In de vermogensrechtelijke overeenkomst die ze daaraan voorafgaand sluiten, vermelden ze uitdrukkelijk dat de contractuele erfstelling na echtscheiding gehandhaafd blijft.

Elf jaar later krijgen ze hiervan spijt. Ze wenden zich tot een notaris, die een akte opstelt waarin partijen erkennen dat het beding in hun overeenkomst voorafgaand aan hun EOT nietig is, omdat ze geen onherroepelijke contractuele erfstelling konden bedingen buiten de context van een huwelijksovereenkomst. Bijgevolg doen ze “afstand van de vermaking die voorzien was in dit beding en herroepen ze dit beding voor zover het nodig zou zijn”. De akte wordt verleden. Daarna wenden de gewezen echtgenoten zich tot een andere notaris, en vragen of die oplossing wel degelijk sluitend is. Die notaris wendt zich tot het CSW.

Notaris Christian De Wulf stelt het verslag op en komt tot de vaststelling dat de akte van afstand en herroeping niet het vereiste effect kan hebben. Als oplossing suggereert hij — hoe onredelijk deze op het eerste gezicht ook mag lijken — de contractuele erfstelling ongedaan te maken bij wege van een wijziging van het huwelijkscontract (wat toen een “kleine procedure” vereiste, maar toch ook een homologatie door de rechtbank). Wij bevinden ons hier, zo licht hij verder toe, in een uitzonderlijke hypothese waar het huwelijkscontract nog gelding behoudt na de ontbinding van het huwelijk. Partijen kunnen — al zijn zij niet meer gehuwd — dit contract voor zoveel het nog gelding heeft, wijzigen op de wijze voorgeschreven door de wet.

Het CSW sluit zich daarbij aan en keurt het verslag van notaris De Wulf goed. Het voegt daar nog aan toe: “*De in het verslag opgenomen oplossing de contractuele erfstelling ongedaan te maken bij wege van een wijziging van huwelijkscontract (kleine procedure) wordt aangevuld met het voorstel om aan de*

⁹⁸ CSW 1989, dossier nr. 6150, p. 342-354.

rechtbank in subsidiaire orde te vragen akte te nemen van het akkoord van de echtgenoten om de contractuele erfstelling te herroepen en eraan te verzaken.”

We hebben niet kunnen achterhalen of deze werkwijze werd gevolgd noch of de homologatie werd verkregen. We zijn wel sceptisch, maar bewonderen toch de vindingrijkheid om voor deze ongewenst geworden situatie toch nog een oplossing uit te werken.

76. In het *derde dossier*⁹⁹, van bijna tachtig jaar geleden, vroeg de consulterende notaris of het mogelijk was de herroeping van een herroepelijke schenking ongedaan te maken door ze gewoonweg in te trekken. Beide echtgenoten hadden een wederzijdse schenking van toekomstige goederen in mekaars voordeel bij de consulterende notaris getekend. Enkele jaren later herroept de vrouw de schenking wegens verstoorde verstandhouding met haar echtgenoot. Nu echter zijn de moeilijkheden bijgelegd, en wil de vrouw haar herroeping intrekken, zodat de man later niets zou vernemen van die herroeping. De toenmalige voorzitter van het CSW, notaris Van de Vorst, antwoordt: *“Il importe au maintien de l’union et du souvenir; que le mari ignore [la révocation de la donation qui lui avait été faite].”* Anders dan voor testamenten bespreekt de rechtsleer de intrekking van de herroeping van een schenking (*“la rétractation de la révocation”*) niet. Volgens de voorzitter is dit te wijten aan het statuut van de schenking, die een contract is, dat enkel kan “herleven” op grond van de wil van beide partijen. Hij besluit: *“Il y aurait péril à se fonder sur la validité de la rétractation de la révocation. C’est pourquoi je conseillerais, en outre de la rétractation, un testament authentique par la femme instituant son mari, sans plus, dans les mêmes termes que ceux de la donation entre époux, sans rappeler celle-ci.”*

Waarom we volgende bedenking toevoegen: heeft de herroeping van een schenking wel juridische gevolgen, zolang ze niet ter kennis van de begiftigde is gebracht? Is de herroeping niet een wilsuiking die mededelingsplichtig is in de zin van artikel 1.4 BW? In dat geval kan de herroeping nog worden ingetrokken zolang zij de bestemming niet heeft bereikt.

C. EVENTUEEL VRUCHTGEBRUIK

77. Het CSW startte met het dossier 2018 een nader onderzoek naar de daadwerkelijke betekenis van het vruchtgebruik dat gebruikelijk, hoewel misschien verkeerd, een eventueel vruchtgebruik wordt genoemd. Waarover gaat het? We hernemen hier het meest voorkomend voorbeeld van een dergelijk “eventueel” vruchtgebruik, hoewel dit zeker niet de enige omstandigheid is waarin het kan voorkomen.

⁹⁹ CSW 1944/2, dossier 603, p. 292-294.

De nalatenschap van een vader valt open. Tot zijn nalatenschap komen zijn zoon voor de blote eigendom, de moeder voor het vruchtgebruik. Tot die nalatenschap behoort onder meer een huis, waarin de moeder woont. Vervolgens overlijdt ook de zoon, terwijl de moeder nog leeft. De zoon laat kinderen na, en een jonge echtgenote. Zij erft vruchtgebruik op zijn hele nalatenschap. Dus ook op het huis waar moeder woont. Maar op dat huis had de zoon slechts blote eigendom geërfd. Kan de jonge weduwe van de zoon vruchtgebruik erven op een goed van haar overleden man, waarvan hij slechts blote eigenaar was?

Traditioneel was het antwoord op die vraag positief. De weduwe van de zoon erfde wel degelijk vruchtgebruik, maar dat vruchtgebruik zal ze slechts kunnen uitoefenen als het vruchtgebruik van de moeder ophoudt, dus normalerwijze bij overlijden van de moeder, voor zover de weduwe dan zelf nog in leven is. Dan pas wordt het vruchtgebruik van de weduwe actueel.

78. Het CSW-dossier 2018 werd geopend nadat het hof van beroep van Brussel¹⁰⁰ had geoordeeld dat er in zo'n situatie helemaal geen vruchtgebruik voor de weduwe kon bestaan. Men kan geen vruchtgebruik erven op een goed dat de erflater slechts in blote eigendom bezit, zo luidde het. Het gevolg daarvan zou zijn dat de weduwe bij de verkoop van het huis niet betrokken zou worden, geen aanspraak op een deel van de prijs zou hebben en, zoals in het geval dat door het hof van beroep van Brussel¹⁰¹ was getrancheerd, de weduwe ook bij de vereffening van de nalatenschap van de ondertussen overleden zoon geen recht zou hebben op de omzettingswaarde van dat vruchtgebruik. Een eventueel vruchtgebruik bestaat immers niet, zo luidde het.

Dat arrest en de commentaren die daarop waren verschenen, hebben nogal wat beroering in het notariaat veroorzaakt. Daardoor zijn binnen de Franstalige Kamer van het CSW heel wat vragen gerezen, die werden onderzocht in de verslagen ingediend door notarissen Etienne Beguin, Jean-Luc Ledoux, en meester Frédéric Lalière.

79. In de loop van de behandeling van deze vragen spreekt het Hof van Cassatie zich uit op de voorziening tegen het vermelde arrest van het hof van beroep dat zoveel deining had veroorzaakt. In dat arrest van 4 november 2010¹⁰² oordeelt het Hof van Cassatie: "Wanneer de nalatenschap rechten van blote eigendom bevat, ontstaat over die goederen waarop hij betrekking heeft, ten voordele van de langstlevende echtgenoot, binnen de perken van zijn erfrecht, een vrucht-

¹⁰⁰ Brussel 25 juni 2009, *JT* 2009/6374, 778, noot D. STERCKX.

¹⁰¹ In deze zaak was de situatie nog wat gecompliceerder, omdat de zoon geen kinderen naliet, en de blote eigendom dus werd geërfd door zijn moeder (vruchtgebruikster van de nalatenschap van haar echtgenoot), en zijn broer, en de weduwe dus stelde dat ze op die nalatenschap vruchtgebruik had geërfd.

¹⁰² Cass. 4 november 2010, AR C.09.0630.F, *Arr.Cass.* 2010-11, 2681, juportal.be; *JT* 2012/6470, 198 en noot D. STERCKX; *Pas.* 2010-11, 2882; *Rev.dr.ULg.* 2012/1-2, 155, noot P. DELNOY; *Rev.not.b.* 2011/3056, 683, noot J.L.L.; *Rev.not.b.* 2011/3056, 683, noot R. SABBAH, *RTDF* 2011/3, 768.

gebruik dat uitwerking zal hebben, indien hij hem overleeft, bij het overlijden van de huidige vruchtgebruiker.”

Een eventueel vruchtgebruik bestaat dus wel, ook al is het niet heel nauwkeurig als “eventueel” benoemd. Sommige leden van het CSW suggereren eerder te spreken van een latent of van een slapend vruchtgebruik. Hoe dan ook, gesterkt door het arrest van 4 november 2010 is dit vruchtgebruik wel een zeker vruchtgebruik, waarvan de uitoefening evenwel uitgesteld is tot aan het overlijden van de actuele vruchtgebruiker; het vruchtgebruik is als het ware verlamd (*paralysé*) tot wanneer dit actueel vruchtgebruik ophoudt.

80. Na uitvoerige besprekingen komt de Franstalige Kamer van het CSW tot volgende conclusies. Een eventueel vruchtgebruik bestaat wel degelijk, ook al lopen de doctrinaire analyses over de aard van dit vruchtgebruikrecht uiteen.

Verder zijn de meningen ook verdeeld over de mogelijkheid om een goed dat zowel met een actueel als met een eventueel vruchtgebruik bezwaard is, te verkopen zonder medewerking van de eventuele vruchtgebruiker. Sommige leden menen dat het actuele vruchtgebruik door de verkoop uitdooft, en het eventuele vruchtgebruik dus op dat moment actueel wordt, zodat hij niet alleen mee moet verkopen maar ook meteen een deel van de prijs moet ontvangen. Anderen menen dat het eventueel vruchtgebruik pas effectief wordt bij overlijden van de actuele vruchtgebruiker.

Het CSW meent ook dat de eventuele vruchtgebruiker de omzetting van zijn vruchtgebruik pas kan vragen zodra dit effectief wordt, maar dat hij best betrokken wordt bij de omzetting die door de blote eigenaar en de actuele vruchtgebruiker wordt gevorderd. Bevestigd wordt ook dat het eventueel vruchtgebruik effectief wordt indien de actuele vruchtgebruiker aan zijn recht verzaakt.

Een boeiend dossier waarin het CSW geen enkele moeilijkheid uit de weg is gegaan, ook al kon hierover geen eensgezindheid worden bereikt. Uiteraard ging ook veel aandacht naar de wijze waarop het eventueel vruchtgebruik kan worden gewaardeerd. Die moeilijkheden werden door notaris-actuaris Jean-Luc Ledoux toegelicht, waarbij het mogelijk blijft om met “zijn” omzettingstabellen te blijven werken, wat hij aan de hand van een concreet cijfervoorbeeld heel duidelijk uitlegde. Op een wijze, zo stelde hij zelf, die ook voor cliënten bevattelijk is. Belangrijk is daarbij dat de waardering van het eventueel vruchtgebruik geen invloed heeft op de waardering van het actueel vruchtgebruik. Het eventueel vruchtgebruik weegt dus enkel op de waarde van de blote eigendom. Ook dat heeft het CSW bevestigd. Boeiend én verhelderend, dus.

D. HUWELIJKSVOORDELEN BIJ EEN SCHEIDING VAN GOEDEREN

81. Dit onderwerp is bijzonder actueel geworden toen de Huwelijksvermogenswet van 2018 in artikel 1469, § 1 oud BW een vierde lid opnam dat bepaalde dat, op bedingen die aan een stelsel van scheiding van goederen kunnen worden toegevoegd, de artikelen 1429*bis*, 1458, 1464 en 1465 van overeenkomstige toepassing zijn. Sinds de codificatie van 2022 gaat het om een regel die opgenomen is in artikel 2.3.64, § 1, vierde lid BW, en naar de artikelen 2.3.57 tot 2.3.60 BW verwijst. Concreet houdt deze regel in dat in een stelsel van scheiding van goederen de regels inzake huwelijksvoordelen naar analogie moeten worden toegepast.

82. Vrij snel werd deze regel voorwerp van heel wat discussie in de rechtsleer, die het niet eens geraakte over de draagwijdte ervan. Aan het CSW werd dan ook de vraag gesteld: “Kunnen notarissen, in een huwelijkscontract van scheiding van goederen, de toebedeling aan de langstlevende, als huwelijksvoordeel, opnemen van alle goederen die in onverdeeldheid zijn verkregen door de echtgenoten, of van een persoonlijk goed van een van hen, indien dit contract niet een of andere clause van ‘gemeenmaking’ bevat van deze goederen?”

83. Zo werd dossier 4440¹⁰³ geopend. Verschillende verslaggevers werden uitgenodigd hun standpunt mede te delen. Zo werden verslagen ingediend door de professoren Philippe De Page, Charlotte Declerck, Nicolas Geelhand de Merxem, door notaris Taymans, en door onszelf. Modellen van clauses werden voorgelegd. Er werd hierover uitvoerig gedebatteerd.

De conclusie van het CSW was genuanceerd. Als we ons beperken tot de civiele aspecten van de gestelde vragen, bleek het volgende:

- Niemand twijfelt eraan dat de regels inzake huwelijksvoordelen (art. 1429*bis*, 1458, 1464 en 1465 oud BW) ook toepasselijk zijn op bedingen van het huwelijkscontract die betrekking hebben op een doelgebonden vermogen (beperkte gemeenschap, vennootschap van aanwinsten, toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen, enz.). Hetzelfde voor wat betreft het beding van verrekening van aanwinsten, en onverdeeldheden die tussen echtgenoten, gescheiden van goederen, kunnen bestaan¹⁰⁴.
- Voor de correcte toepassing van de artikelen 1464 en 1465 oud BW met name is het vereist dat aanwinsten en niet-aanwinsten in een stelsel van scheiding van goederen kunnen worden onderscheiden, wat aanleiding kan geven tot bewijsproblemen, voor dewelke eventueel in het huwelijkscontract een nadere regeling gewenst kan zijn.

¹⁰³ CSW 2022/1, p. 7-112.

¹⁰⁴ Waaraan werd toegevoegd dat het voor de meeste leden van het CSW niet noodzakelijk is dat tevens wordt bepaald dat met betrekking tot dergelijke onverdeeldheden geen afrekening over de financiering ervan zou plaats vinden.

- Op de vraag of een huwelijksvoordeel ook kan worden toegekend op goederen die exclusief aan één echtgenoot toebehoren, waren de meningen sterk verdeeld¹⁰⁵. Volgens sommigen is het antwoord zonder meer negatief, volgens andere is het antwoord zonder meer positief; voor een derde groep is het antwoord positief voor zover de goederen waarop een huwelijksvoordeel worden toegekend, aanwinsten zijn, d.w.z. dat het gaat om goederen die tijdens het huwelijk onder bezwarende titel zijn verkregen, door inkomsten of besparingen op inkomsten.

84. Het strekt het CSW tot eer dat het dit dossier integraal heeft gepubliceerd¹⁰⁶, zodat alle meningen zijn weergegeven en de verschillen daartussen ook duidelijk blijken. En dat de clausules die door de aanhangers van de ene visie, dan wel door de aanhangers van een andere visie zijn geredigeerd, allemaal ter beschikking van het notariaat worden gesteld. Dat is ook waar het CSW naar moet streven. Zo moedigt het de creativiteit en de reactiviteit van het notariaat aan.

Ondertussen is door de codificatie van 2022 een “onrechtstreekse” definitie van huwelijksvoordelen in de wet ingeschreven (in art. 2.3.57 en 2.3.58 BW met name), wat er ook toe bijdraagt dat de meningen verder kunnen evolueren¹⁰⁷. We verheugen ons daarover.

VI. CONCLUSIE

A. DIENSTBAAR UITBALANCEREN

De adviezen van een eeuw CSW-activiteit bieden elke geïnteresseerde jurist een indrukwekkende schatkamer, met parels van juridische eruditie, fijnmazig en gesofisticeerd denken, en tevens diepmenselijke bezorgdheid voor de burger en de noden van onze samenleving.

Deze adviezen illustreren ook de inherente ambiguïteit van het juridische discours, het permanent zoeken naar een evenwicht tussen pragmatiek en dogmatiek, flexibiliteit en rechtszekerheid. Bijna 25 jaar geleden al schreef professor Verbeke over het recht als een balans, als een *werkwoord*¹⁰⁸. Het recht is inderdaad geen doel op zich, maar een instrument om een toestand van rust en harmonie te bereiken. Het recht is dienstbaar aan de samenleving, in een poging om de verhoudingen tussen haar burgers evenwichtig te ordenen, en zo redelijk en billijk mogelijk te regelen.

¹⁰⁵ Zie de analyse en verwijzingen in H. CASMAN en A.-L. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen bij scheiding van goederen*. TEP Thema Books 2, Antwerpen, Intersentia, 2022.

¹⁰⁶ In tegenstelling tot bijvoorbeeld dossier 6394, zie randnummer 46.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld de bijdrage van Philippe DE PAGE voor deze feestbundel.

¹⁰⁸ A. VERBEKE, “Recht is balans is een werkwoord”, *RW* 2000-01, 969-978.

Het CSW, en het notariaat in zijn totaliteit, zijn krachtige deelnemers aan deze regulerende en balancerende dienstbaarheid van het recht. De ontelbare adviezen van het CSW getuigen van – en maken mee – het recht als een onophoudelijk werkwoord, een steeds evoluerend proces, een dynamische “spraakkunst”. Het CSW illustreert op een sprekende wijze, soms helder en overtuigend, soms aarzelend en onzeker, maar altijd oprecht zoekend, de taal van het recht en het notariaat in dienst van de burger.

B. EEN DIENSTBARE TAAL

We hebben in deze bijdrage geprobeerd vanuit een bescheiden selectie van enkele parels uit de schatkamer een beeld te geven van deze taal en spraakkunst. De enkele foto’s die onze collage of anthologie vormgeven, tonen o.i. aan hoe het CSW op indrukwekkende wijze een constructieve bijdrage levert en blijft leveren aan de dienstbaarheid van het recht in het algemeen en van het notariaat in het bijzonder. Zo hebben we in de verf kunnen zetten, in het bijzonder: de collegiale bekommernis om confraters te helpen (I), de pragmatische hulpvaardigheid om zeer actuele problemen aan te pakken, met een wijsheid die vaak de waan van de dag overstijgt (II), de geëngageerde houding om de wetgever te wijzen op problemen en ook zeer concreet te helpen in zijn aartsmoeilijke taak (III), de genuanceerde juridische analyses die de hoogste magistraten inspireren en vaak ook overtuigen, of soms ook niet, en dat is niet erg (IV), en ten slotte de zo belangrijke attitude van verantwoordelijkheid, om met flexibiliteit en innovatieve creativiteit de notariële praktijk te helpen om reële bezorgdheden van mensen op te lossen, binnen het soms wat onwrikbare dogmatische denkkader van ons juridisch systeem (V).

Wie de voorbije honderd jaar van het CSW overschouwt, kan alleen maar dankbaar zijn. Dank aan het notariaat dat in deze instelling investeert en blijft investeren. Dank aan de zovele juristen uit zo diverse gremia, die elk vanuit hun perspectief mee-denken, mee-analyseren, mee in dialoog gaan.

C. OPEN DIALOOG

Dat open dialoog is voor de toekomst van het CSW essentieel. Het is onze oprechte hoop dat het CSW de komende decennia verder evolueert van een soms te persoonlijk gesloten debat (kenmerkend voor onze huidige gepolariseerde maatschappij) naar een echte belangeloze open dialoog.

We hopen dat het CSW een baken blijft van openheid en tolerantie, en een platform biedt voor een constructieve dialoog over moeilijke maatschappelijke vragen waarbij wordt gezocht naar een “gepast” juridisch antwoord¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Zie reeds onze oproep, A.L. VERBEKE en H. CASMAN, “Open invitatie voor een oprechte dialoog in het familiaal vermogensrecht”, *TEP* 2020, 5-9 en “Invitation à un dialogue communautaire sincère en matière de droit patrimonial de la famille”, *JT* 2020, 535-537.

Gepast: niet alleen in de zin van “ingepast” in het kader van de juridische dogmatiek, maar ook in de zin van “passend”, om menselijke verhoudingen op een redelijke en billijke manier te organiseren. Een streefdoel voor ons allen, elke dag, in de beoefening van ons mooi en dienstbaar beroep.

DE CODIFICATIE VAN HET FAMILIAAL VERMOGENSRECHT EN HET VERBOD VAN ERFOVEREENKOMSTEN

Jan BAEL

§ 1. INLEIDING

1. Op 1 juli 2022 is boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek in werking getreden (art. 66 van de wet van 19 januari 2022 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 14 maart 2022)¹.

In deze bijdrage wordt nagegaan welke wijzigingen door boek 4 zijn aangebracht aan de regels van het nieuwe familiaal vermogensrecht betreffende het verbod van erfovereenkomsten, die in werking waren getreden op 1 september 2018. Hoewel het gaat om een codificatie, zijn er toch ook een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht aan de bestaande wettelijke bepalingen betreffende het familiaal vermogensrecht.

§ 2. DE ASCENDENTENVERDELINGEN ONDER DE LEVENDEN EN HET VERBOD VAN ERFOVEREENKOMSTEN (ART. 4.229, DERDE LID BW)

A. INLEIDING

2. Bij een ouderlijke boedelverdeling in de vorm van een schenking of een ascendentenverdeling onder de levenden worden de goederen geschonken door de ouder(s) aan hun kinderen en wordt door de ouder(s) de verdeling van deze goederen tussen de kinderen bepaald. In tegenstelling tot de testamentaire ascendentenverdeling is hier een conjunctieve of gezamenlijke ascendentenverdeling mogelijk², waarbij de beide ouders samen optreden en waarbij zij hun persoonlijke goederen en ook hun gemeenschappelijke of tussen hen onverdeelde goederen aan hun kinderen kunnen vermaken en onder deze kinderen verdelen.

¹ Ondertussen zijn er al wijzigingen aangebracht aan boek 4, doch niet betreffende de bepalingen inzake het verbod van erfovereenkomsten. Ook is er een afwijkende inwerkingtreding voorzien voor enkele bepalingen, doch deze betreffen niet het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen.

² G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1974, 109, nr. 352; C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 177, nr. 274; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 883, nr. 1982; J. SACE, *Le partage d’ascendant* in *Rép.not.*, dl. III, *Successions - Donations et Testaments - Liquidation et partage de Communauté et Succession*, boek IV, Brussel, Larcier, 1991, 56, nr. 28c en 60-63, nr. 32.

Een ouderlijke boedelverdeling bij schenking kan enkel tegenwoordige goederen tot voorwerp hebben (vroeger art. 1076, tweede lid oud BW, thans art. 4.229, derde lid BW)³.

Er is ook sprake van een ascendentenverdeling onder de levenden wanneer een (onroerend of roerend) goed of zelfs alle goederen worden toebedeeld aan één kind onder de verplichting om een opleg te betalen aan de andere kinderen. In een arrest van het Hof van Cassatie van 23 april 1982 was er sprake van een schenking door de ouders van de blote eigendom van een onroerend goed aan een van hun twee dochters onder last om aan haar zus een bepaalde som uit te betalen binnen de zes maanden na het overlijden van de langstlevende ouder. De dochter aan wie de som diende te worden betaald, was in de schenkingsakte tussengekomen en had daarmee ingestemd. Volgens het Hof van Cassatie diende dit te worden beschouwd als een ouderlijke boedelverdeling⁴.

Deze opvatting wordt gevolgd in de rechtsleer^{5,6}. Dit werd recent ook nog bevestigd in een arrest van het hof van beroep van Gent van 25 april 2019⁷ en een arrest van het hof van beroep van Antwerpen van 24 maart 2020⁸.

B. DE VROEGERE TEKST VAN ARTIKEL 1076, TWEDE LID VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

3. In het vroegere artikel 1076, tweede lid van het oud Burgerlijk Wetboek, in werking getreden op 1 september 2018, stond: “Verdelingen bij akte onder de levenden mogen enkel de tegenwoordige goederen tot voorwerp hebben. De artikelen 1100/2 tot 1100/6 zijn van toepassing.”

³ C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 177, nr. 273; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 886, nr. 1990.

⁴ Cass. 23 april 1982, *Arr.Cass.* 1981-82, 1024, noot, *Bull.* 1982, 960, *Pas.* 1982, I, 960, *Rec.gén.enr. not.* 1985, 224 en *T.Not.* 1982, 177, noot (weliswaar in *T.Not.* vermeld onder datum van 23 mei 1982).

⁵ R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE en E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. De nieuwe Erfwetten 2017 en 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 284, nr. 383; P. DELNOY, “Chronique de jurisprudence. Les libéralités (1981-1987)”, *JT* 1989, 353, nr. 63, 3; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE, W. PINTENS en N. TORFS, “Overzicht van rechtspraak. Schenkingen en testamenten (1970-1984)”, *TPR* 1985, 662-665, nr. 177; M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, “Overzicht van de rechtspraak. Erfenissen 1978-1987”, *TPR* 1988, 997, nr. 99; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 367, nr. 296; J. SACE, *Le partage d’ascendant in Rép.not.*, dl. III, *Successions - Donations et Testaments - Liquidation et partage de Communauté et Succession*, boek IV, Brussel, Larcier, 1991, 75, nr. 45 en 77, nr. 47; B. VAN DEN HOUTE, “De ouderlijke boedelverdeling: is er leven na de globale erfovereenkomst?”, *TEP* 2019, 678-679, nr. 13; A. VERBEKE, “Codificatie van het Belgisch Familiaal Vermogensrecht”, *TEP* 2021, 82.

⁶ *Contra*: M. GRÉGOIRE, “Donations immobilières et règlements de famille” in A. DELIÈGE (ed.), *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 9.

⁷ Gent 25 april 2019, *TEP* 2019, 772. Het ging om een schenking van een onroerend goed door twee ouders aan de zoon onder last voor de zoon om aan de twee dochters, die in de akte tussenkwamen, onmiddellijk een oplegsom te betalen. Volgens het hof van beroep van Gent zou de kwalificatie ouderlijke boedelverdeling ook gelden indien de opleg op termijn zou moeten worden betaald.

⁸ Antwerpen 24 maart 2020, *T.Not.* 2020, 965.

Met de tweede zin werd gezegd dat een ascendentenverdeling onder de levenden (of ouderlijke boedelverdeling onder de levenden) moest worden behandeld als een erfovereenkomst⁹. De procedure en de bepalingen die gelden voor uitzonderlijk toegelaten erfovereenkomsten moesten bijgevolg worden toegepast. Een van de gevolgen van de toepasselijkheid van de vroegere artikelen 1100/2 tot en met 1100/6 van het oud Burgerlijk Wetboek was dat men bij een ascendentenverdeling onder de levenden de procedure van artikel 1100/5, § 2 van het oud Burgerlijk Wetboek moest volgen¹⁰. Het niet-volgen van deze procedure leidde tot de relatieve nietigheid na het overlijden van de ouder(s).

Dit was spijtig omdat een ascendentenverdeling onder de levenden op zich geen erfovereenkomst is¹¹.

C. DE NIEUWE TEKST IN BOEK 4

4. Dat wordt nu in het nieuwe boek 4 rechtgezet door de tekst van artikel 4.229, derde lid van het Burgerlijk Wetboek: “Verdelingen bij schenking mogen enkel de tegenwoordige goederen tot voorwerp hebben. In de mate waarin deze verdeling een erfovereenkomst bevat, zijn de artikelen 4.244 tot 4.253 van toepassing.”

De oorspronkelijke bepaling van de tweede zin van het vroegere artikel 1076, tweede lid van het oud Burgerlijk Wetboek was een vergissing die nu wordt rechtgezet, of minstens een onduidelijkheid waaraan nu wordt verholpen. Een ascendentenverdeling onder de levenden is op zich geen erfovereenkomst en er is geen enkele reden om op een ascendentenverdeling onder de levenden de regels betreffende de uitzonderlijk toegelaten erfovereenkomsten toe te passen, tenzij deze bepalingen zou bevatten die een erfovereenkomst uitmaken.

⁹ In die zin dat de ascendentenverdeling onder de levenden inderdaad moest worden beschouwd als een erfovereenkomst: Gent 25 april 2019, *TEP* 2019, 772.

¹⁰ C. CASTELEIN en L. DEMETS, “Erfovereenkomsten praktisch bekeken” in *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 174, nr. 23; T. DELAMEILLEURE, “Hoofdstuk 8 - Ascendentenverdeling” in A. VERBEKE en B. VERDICKT (eds.), *Handboek Estate Planning II: Erfrecht en Giften*, Brussel, Intersentia, 2021, 746-747, nrs. 1364-1368; K. DESMET en N. LAUWERS, *Vermogensplanning & Het praktische nut van erfovereenkomsten*, Brussel, Intersentia, 2021, 131-132, nr. 338; B. VAN DEN HOUTE, “De ouderlijke boedelverdeling: is er leven na de globale erfovereenkomst?”, *TEP* 2019, 671-672, nr. 3 en 703-704, nr. 44; L. WEYTS, *Notarieel Fiscaal Recht, I, De registratie van notariële akten en hun gevolgen op fiscaal vlak in Reeks Notarieel Recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 883, nr. 515.

¹¹ Antwerpen 24 maart 2020, *T.Not.* 2020, 965; A. VERBEKE, “Codificatie van het Belgisch Familiaal Vermogensrecht”, *TEP* 2021, 82. Zie hierover onder meer J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 255-265, nrs. 523-542. Het is wel mogelijk dat in een ascendentenverdeling onder de levenden een clause voorkomt die als een erfovereenkomst moet worden beschouwd.

D. DE PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING BIJ DE WET VAN 31 JULI 2017 EN DE PARLEMENTAIRE VOORBEREIDING BIJ DE WET VAN 19 JANUARI 2022

1. Zijn de ascendentenverdelingen onder de levenden, waarbij men niet de procedure voor de erfovereenkomsten heeft gevolgd, opgemaakt tussen 1 september 2018 en 1 juli 2022 nietig?

5. Betekent dit nu dat alle ascendentenverdelingen onder de levenden, waarbij men niet de procedure voor de erfovereenkomsten heeft gevolgd, die zijn opgemaakt tussen 1 september 2018 en 1 juli 2022 nietig zijn? En dat deze ascendentenverdelingen vóór 1 september 2018 geldig waren en vanaf 1 juli 2022 weer geldig zijn?

6. Hoewel discussie hierover niet uitgesloten is, kan men het standpunt verdedigen dat de nieuwe bepaling beantwoordt aan de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever: de vroegere artikelen 1100/2 tot en met 1100/6 van het oud Burgerlijk Wetboek waren slechts van toepassing in de mate dat de ascendentenverdeling onder de levenden een erfovereenkomst bevat. Men kan deze stelling verdedigen op grond van twee passages in de parlementaire voorbereiding.

2. De parlementaire voorbereiding bij de wet van 31 juli 2017

7. In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 31 juli 2017¹² kan men volgende passage terugvinden:

“Artikel 1076, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek – betreffende de ouderlijke boedelverdeling – wordt door dit wetgevend initiatief aangevuld met een vermelding die de voorgestelde artikelen 1100/2 tot 1100/6 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing maakt. In de mate waarin deze overeenkomsten over een toekomstige nalatenschap zijn, is het coherent om op deze beschikkingen de regels die het huidige wetgevend initiatief oplegt voor elke overeenkomst toe te passen, namelijk de regels betreffende de bekwaamheid om een erfovereenkomst aan te gaan (voorgesteld artikel 1100/2 van het Burgerlijk Wetboek), de sanctionering van deze overeenkomsten (voorgesteld artikel 1100/3 van het Burgerlijk Wetboek), de algemene gevolgen van deze overeenkomsten (voorgesteld artikel 1100/4 van het Burgerlijk Wetboek), de formaliteiten van toepassing op elke erfovereenkomst (voorgesteld artikel 1100/5 van het Burgerlijk Wetboek), alsook de publiciteit van erfovereenkomsten (voorgesteld artikel 1100/6 van het Burgerlijk Wetboek).”¹³

¹² Wet 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake.

¹³ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 122-123. Er staat in de parlementaire voorbereiding echter ook wel een duide-

3. De parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 januari 2022

8. De tekst van de wet wordt in boek 4 aangepast aan deze passage uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 31 juli 2017. Daarbij kan men in de parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 januari 2022 de volgende argumentatie terugvinden:

Artikel 4.229 “integreert de artikelen 1075 en 1076 oud BW, die de ouderlijke boedelverdeling definiëren en bepalen onder welke vorm ze kan worden gemaakt. Artikel 1075 en de twee leden van artikel 1076 vormen de drie paragrafen van artikel 4.229. De laatste zin van de derde paragraaf begint nu met de woorden “In de mate waarin deze verdeling een erfovereenkomst bevat”, die reeds in de memorie van toelichting van de wet van 31 juli 2017 voorkwamen. Men geeft er de voorkeur aan deze termen in de tekst zelf van de wet op te nemen, zodat er geen twijfel blijft bestaan over de interpretatie van deze bepaling. Een ouderlijke boedelverdeling is, op zichzelf, geen erfovereenkomst, omdat ze geen enkele overeenkomst of beding bevat met betrekking tot de niet opengevallen nalatenschap van de ouders die geven en verdelen. Het gaat louter om een bijzondere vorm van schenking van actuele goederen, zoals door de wet gepreciseerd. Maar het is mogelijk dat ter gelegenheid van de ouderlijke boedelverdeling, een erfovereenkomst wordt gesloten, bijvoorbeeld met betrekking tot de waarde van de geschonken goederen, of met betrekking tot een eventuele afstand van de vordering tot inbreng of inkorting van deze schenkingen. In dat geval moeten uiteraard de bijzondere vormvoorwaarden die voor een erfovereenkomst zijn voorgeschreven, ook worden nageleefd¹⁴.

In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 januari 2022 wordt dus gezegd dat een ouderlijke boedelverdeling op zichzelf geen erfovereenkomst is, omdat ze geen enkele overeenkomst of beding bevat met betrekking tot de niet opengevallen nalatenschap van de ouders die geven en verdelen. Het gaat louter om een bijzondere vorm van schenking van actuele goederen, zoals door de wet gepreciseerd.

lijke passage waarin men de ouderlijke boedelverdeling onder de levenden zonder enige nuancering als een uitzonderlijk door de wetgever toegelaten erfovereenkomst beschouwt. Zie MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 22: “*In afwijking van dit principe, erkent de wet momenteel evenwel de geldigheid van bepaalde punctuele erfovereenkomsten, waaronder:*

- de contractuele erfstelling (artikelen 1082 en 1093 van het Burgerlijk Wetboek);
- de erfovereenkomst voorzien in artikel 1388, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek (de zogenaamde “Valkeniersovereenkomst”);
- de erfovereenkomst voorzien in het huidige artikel 918, *in fine* van het Burgerlijk Wetboek;
- de ouderlijke boedelverdeling (artikel 1075 e.v. van het Burgerlijk Wetboek);
- de erfovereenkomst gesloten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming (artikel 1287, derde lid van het Gerechtelijk Wetboek).”

¹⁴ MvT bij het wetsvoorstel van 20 mei 2020 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1272/001, 163.

De wetgever neemt in de parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 januari 2022 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4 “Nalaten-schappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek het standpunt in dat het reeds in de wet van 31 juli 2017 de bedoeling was om de bepalingen betreffende het verbod van erfovereenkomsten enkel toe te passen op de ascendentenverdelingen onder de levenden die een erfovereenkomst bevatten.

4. Besluit

9. De aanpassing in artikel 4.229, derde lid van het Burgerlijk Wetboek is als een zeer positieve aanpassing te beschouwen, die voor de notariële praktijk en de praktijk van de familiale vermogensplanning een belangrijke impact heeft. De hiervoor voorgestelde interpretatie van het vroegere artikel 1076, tweede lid van het oud Burgerlijk Wetboek, in werking getreden op 1 september 2018, biedt een oplossing voor de notarissen die in de periode tussen 1 september 2018 en 1 juli 2022 ascendentenverdelingen onder de levenden getekend hebben zonder de procedure voorgeschreven voor de erfovereenkomsten te volgen.

E. ERFOVEREENKOMSTEN KUNNEN WEL NUTTIG ZIJN IN EEN ASCIDENTENVERDELING ONDER DE LEVENDEN

10. Wel kan het nuttig zijn om een aantal erfovereenkomsten op te nemen in een ascendentenverdeling onder de levenden om elke mogelijke betwisting betreffende de ascendentenverdeling onder de levenden te verhinderen¹⁵.

§ 3. DE CONTRACTUELE ERFSTELLINGEN DOOR DERDEN TEN GUNSTE VAN DE ECHTGENOTEN (ART. 4.233, § 1 BW)

A. DE TEKST VAN HET VROEGERE ARTIKEL 1082 VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

11. Het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek heeft betrekking op een contractuele erfstelling door derden ten gunste van de echtgenoten, die volledig in onbruik is geraakt. Dit artikel bepaalde het volgende:

“De vader en de moeder van de echtgenoten, hun verdere bloedverwanten in de opgaande lijn, hun bloedverwanten in de zijlijn en zelfs vreemden *mogen bij huwelijkscontract beschikken over het geheel of een gedeelte van de goederen die zij op de dag van hun overlijden zullen nalaten*, zowel ten voordele van de

¹⁵ Zie hierover J. BAEL, *Familiaal vermogensrecht: een kwestie van gezond verstand? Tien stellingen uit het erfrecht en giftenrecht*, Herentals, KnopsPublishing, 2022, 155-175.

echtgenoten, als ten voordele van de kinderen die uit hun huwelijk zullen worden geboren, voor het geval dat de schenker de begiftigde echtgenoot overleeft. Zodanige schenking, hoewel alleen ten voordele van de echtgenoten of van een van beiden gedaan, wordt steeds in het hierboven genoemde geval van overleving van de schenker, vermoed gedaan te zijn ten voordele van de kinderen en afstammelingen die uit het huwelijk zullen worden geboren.”

Hoewel van deze mogelijkheid in de praktijk geen gebruik meer wordt gemaakt, gaat het hier om de meest vergaande erfovereenkomst. Men beschikt, net zoals in een testament, in het huwelijkscontract van de aanstaande echtgenoten over het geheel of een deel van zijn toekomstige nalatenschap! (vgl. het vroegere art. 895 oud BW: “Een testament is een akte waarbij de erflater, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over het geheel of een deel van zijn goederen beschikt, en die hij kan herroepen¹⁶”). Het verschil met het testament is echter dat men die beschikking in het huwelijkscontract over het geheel of een deel van zijn nalatenschap niet meer kan herroepen!

B. DE TEKST VAN ARTIKEL 4.233, § 1 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK

12. Artikel 4.233, § 1 van het Burgerlijk Wetboek, dat in de plaats komt van het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek, bepaalt het volgende:

“Eenieder kan, in de huwelijksovereenkomst van de echtgenoten, ten voordele van deze echtgenoten of van een van hen, beschikken over het geheel of een gedeelte van de goederen die hij op de dag van zijn overlijden zal nalaten.

Hij kan op dezelfde wijze bedingen dat deze schenking ook ten voordele zal zijn van de gemeenschappelijke kinderen van deze echtgenoten, voor het geval dat de schenker de begiftigde echtgenoot overleeft.

Zelfs als de schenking enkel ten voordele van de echtgenoten of van een van beiden is gedaan, wordt ze steeds in het hierboven genoemde geval van overleving van de schenker, vermoed gedaan te zijn ten voordele van de gemeenschappelijke kinderen en afstammelingen van deze echtgenoten.”

13. De meest relevante wijziging ten opzichte van het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek is onderlijnd. Er staat niet meer “huwelijkscontract” maar “huwelijksovereenkomst”.

Met het woord “huwelijksovereenkomst” doelt men niet alleen op het huwelijkscontract, maar ook op de akten van wijziging aan het huwelijksvermogensstel-

¹⁶ In de codificatie wordt de tekst van het vroegere artikel 895 van het oud Burgerlijk Wetboek overgenomen in artikel 4.132, § 3 BW: “Een testament is een akte waarbij de testator, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over het geheel of een deel van zijn goederen beschikt, en die hij kan herroepen.” Enkel het woord “erflater” is in boek 4 vervangen door het woord “testator”.

sel, die dateren van vóór of van tijdens het huwelijk (zie de toelichting bij het wetsvoorstel tot codificatie op p. 9-11¹⁷).

C. GEVOLGEN VAN HET GEBRUIK VAN HET WOORD “HUWELIJKSOVEREENKOMST” IN DE NIEUWE TEKST VAN ARTIKEL 4.233, § 1 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK

14. *Men nam doorgaans aan dat een derde op grond van het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek geen (nieuwe) contractuele erfstelling kon toestaan in een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel*¹⁸.

Door de term “huwelijksovereenkomst” te gebruiken in artikel 4.233, § 1 van het Burgerlijk Wetboek wordt ingevolge de codificatie wel de mogelijkheid gecreëerd voor derden om in een akte van wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel te beschikken over het geheel of een gedeelte van hun nalatenschap.

Dat dergelijke contractuele erfstellingen wel mogelijk zouden zijn in een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel¹⁹ opent totaal nieuwe perspectieven op het vlak van de erfovereenkomsten.

15. Men denkt bij het nieuwe artikel 4.233, § 1 van het Burgerlijk Wetboek (het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek) vooral aan de ouders. Dat deze niet gaan beschikken over het geheel of een gedeelte van hun nalatenschap in het huwelijkscontract van hun kinderen is logisch. De kinderen trouwen op verschillende tijdstippen en zowel de kinderen als de ouders zijn op dat ogenblik vaak nog te jong om een familiale vermogensplanning van de ouders uit te werken.

Door het gebruik van de term “huwelijksovereenkomst” zou het mogelijk worden voor de ouders om op een latere leeftijd op onherroepelijke wijze te beschikken over het geheel of een gedeelte van hun nalatenschap ten voordele van hun kinderen, en dat alles in een globale planning die op hetzelfde moment wordt uitgevoerd. De beschikkingen over de toekomstige nalatenschap van de ouders worden dan opgenomen in een akte van wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel van ieder van hun kinderen. Die ouders kunnen dan wel degelijk beschik-

¹⁷ MvT bij het wetsvoorstel van 20 mei 2020 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1272/001, 9-11.

¹⁸ Zie J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen in Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 460-461, nrs. 727-729; M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 55-56, nrs. 102-103 en 108, nr. 205.

¹⁹ Dat dit de bedoeling van de wijziging is, blijkt uitdrukkelijk uit een wetenschappelijke bijdrage van Casman, die de auteur is van het wetsvoorstel: H. CASMAN, “Le droit successoral intégré dans le Livre 4 du nouveau Code civil: quoi de neuf” in N. MASSAGER e.a. (eds.), *Actualités en droit des successions et libéralités*, Brussel, Larcier, 2022, 44.

ken in het voordeel van hun kinderen alleen²⁰ (al dan niet met plaatsvervulling ten gunste van de “gemeenschappelijke” kinderen en afstammelingen van deze echtgenoten²¹).

Het nieuwe artikel 4.233, § 1 van het Burgerlijk Wetboek (dat het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek vervangt) laat niet alleen de ouders, maar eigenlijk iedereen toe om in een huwelijksovereenkomst te beschikken over het geheel of een deel van zijn nalatenschap ten voordele van de echtgenoten of een van hen. Het biedt dus een zeer ruime mogelijkheid om erg vergaande erfovereenkomsten te sluiten²². Bijvoorbeeld de ouders of de langstlevende ouder kunnen aldus kavels samenstellen in hun toekomstige nalatenschap en die in de huwelijksovereenkomsten toebedelen aan hun kinderen²³.

16. In mijn advies voor de commissie voor Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers heb ik hierop gewezen²⁴. Ik heb daarbij voorgesteld om de term “huwelijksovereenkomst” in artikel 4.233 van het Burgerlijk Wetboek te vervangen door de term “huwelijkscontract”. Er is nooit een debat gevoerd over het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek in de werkgroep betreffende de hervorming van het familiaal vermogensrecht, aangezien dit artikel in de praktijk geen betekenis meer heeft. Door de voorgestelde kleine wijziging aan de formulering worden echter zeer vergaande erfovereenkomsten mogelijk, zonder dat hierover goed is nagedacht.

Men heeft mijn advies niet gevolgd. *De tekst van de wet wordt dus inhoudelijk gewijzigd* door het woord “huwelijksovereenkomst” te gebruiken in artikel 4.233, § 1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek. Dat het woord “huwelijksovereenkomst” bewust in de plaats is gekomen van het woord “huwelijkscontract” blijkt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel houdende boek 2, titel 3, “Re-

²⁰ Als ingestelde erfgenamen fungeren de echtgenoten. Ofwel worden zij beiden begiftigd, ofwel betreft de gift slechts één van hen (M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 42, nr. 77).

²¹ Het in het tweede lid van het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek vervatte vermoeden ten voordele van de kinderen is slechts een vermoeden *juris tantum*. Het steunt op de veronderstelde bedoeling van de insteller. Men is het dan ook algemeen erover eens dat deze de kinderen door een uitdrukkelijke bepaling kan uitsluiten en de gift kan beperken tot één der echtgenoten of tot beiden (M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 44, nr. 82).

²² Dit kan enkel in een contractuele erfstelling. Zelfs in een globale erfovereenkomst is het niet mogelijk om te beschikken over de goederen die zich in de toekomstige nalatenschap van de ouder zullen bevinden en om de verdeling van de toekomstige nalatenschap tussen de kinderen te regelen (F. BODSON, “Chapitre III - Les pactes successoraux autorisés” in Y.-H. LELEU (ed.), *Chroniques notariales – Volume 72*, Brussel, Larcier, 2021, 360, nr. 54; C. CASTELEIN, “Eén jaar (globale) erfovereenkomsten – quo vadis?”, *TEP* 2019, 338-339; C. CASTELEIN en L. DEMETS, “Erfovereenkomsten praktisch bekeken” in *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 168, nr. 17).

²³ Daarbij komt nog dat deze contractuele erfstellingen vrijgesteld zijn van de procedure die geldt voor door de wet uitzonderlijk toegelaten erfovereenkomsten. De artikelen 4.250 en 4.251 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing op deze contractuele erfstellingen (art. 4.252, tweede lid BW).

²⁴ Zie mijn advies voor de commissie voor Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers: wetsvoorstel van 20 mei 2020 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-1272/006, 186-247, in het bijzonder 238-240.

latievermogensrecht” en boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek: “Wanneer sprake is van een schenking door derden gedaan ten voordele van de echtgenoten, vermeldde het Burgerlijk Wetboek enkel de schenking “bij huwelijkscontract”. De tekst van artikel 4.233 verduidelijkt nu dat het om de “huwelijksovereenkomst” moet gaan van deze echtgenoten. Deze verduidelijking wordt ook in de artikelen 4.234 en 4.235 aangebracht.”²⁵

D. DE GEMEENSCHAPPELIJKE KINDEREN VAN DE ECHTGENOTEN IN PLAATS VAN DE KINDEREN DIE UIT HUN HUWELIJK ZULLEN WORDEN GEBOREN

17. *Nog een korte bedenking betreffende een andere aanpassing van het vroegere artikel 1082 van het oud Burgerlijk Wetboek:* de woorden “de gemeenschappelijke kinderen van deze echtgenoten” komen in de plaats van “de kinderen die uit hun huwelijk zullen worden geboren”. Hetzelfde geldt voor de woorden “de gemeenschappelijke kinderen en afstammelingen van deze echtgenoten”, die in de plaats komen van “de kinderen en afstammelingen die uit het huwelijk zullen worden geboren”.

Mensen die vandaag trouwen hebben al vaak kinderen. Daarom spreken we beter niet meer over de kinderen die uit het huwelijk zullen worden geboren. Het behoud van de vroegere terminologie zou een onaanvaardbare discriminatie inhouden ten opzichte van de kinderen geboren vóór het sluiten van het huwelijk. Wel kan men zich de vraag stellen waarom een contractuele erfstelling niet mogelijk is ten voordele van één echtgenoot en alle kinderen van deze echtgenoot (met inbegrip van de niet-gemeenschappelijke kinderen van deze echtgenoot), voor het geval dat een schenker die ene echtgenoot overleeft in wiens voordeel de contractuele erfstelling is gedaan.

§ 4. OVEREENKOMSTEN ONDER BEZWARENDE EN ONDER BIJZONDERE TITEL EN HET VERBOD VAN ERFOVEREENKOMSTEN (ART. 4.242, § 3 EN ART. 4.243 BW)

A. INLEIDING

18. In artikel 4.242, § 3 en artikel 4.243 van het Burgerlijk Wetboek wordt de tekst van het vroegere artikel 1100/1, § 3 en 1100/1, § 4 van het oud Burgerlijk Wetboek hernomen.

Wel werd het woord “gedeelte” viermaal vervangen door het woord “breukdeel”. In de oorspronkelijke tekst stonden de woorden “evenredig deel”, maar

²⁵ MvT bij het wetsvoorstel van 20 mei 2020 houdende boek 2, titel 3, “Relatievermogensrecht” en boek 4 “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-1272/001, 165.

deze woorden zijn in de loop van de parlementaire voorbereiding per vergissing vervangen door het woord “gedeelte”²⁶.

B. DE NEDERLANDSE TEKST VAN HET VROEGERE ARTIKEL 1100/1, § 3 EN § 4 VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

19. De tekst van het vroegere artikel 1100/1, § 3 en § 4 van het oud Burgerlijk Wetboek luidde als volgt:

“§ 3. Overeenkomsten of bedingen onder bezwarende titel betreffende de eigen toekomstige nalatenschap van een partij die de algemeenheid van de goederen betreffen die de partij bij zijn overlijden zal nalaten, of een gedeelte van de goederen die de partij zal nalaten, of al zijn onroerende goederen, al zijn roerende goederen, of een gedeelte van al zijn onroerende goederen of van al zijn roerende goederen bij zijn overlijden, zijn niet toegelaten, tenzij in de gevallen bij de wet bepaald.

§ 4. Overeenkomsten of bedingen onder bezwarende titel zijn altijd toegelaten, als ze onder bijzondere titel zijn gesloten of gemaakt, zelfs als ze de toekomstige nalatenschap van een partij betreffen, en zelfs als die partij zich het recht voorbehoudt om tijdens zijn leven over het voorwerp van die overeenkomst of dat beding te beschikken. Een overeenkomst of beding is onder bijzondere titel, wanneer de overeenkomst of het beding niet de algemeenheid van de goederen betreft die de partij bij zijn overlijden zal nalaten, en evenmin een gedeelte van de goederen die de partij zal nalaten, noch al zijn onroerende goederen, al zijn roerende goederen, of een gedeelte van al zijn onroerende goederen of van al zijn roerende goederen bij zijn overlijden.

De artikelen 1100/5 en 1100/6 zijn niet van toepassing op de erfovereenkomsten in deze paragraaf vermeld.”

C. DE FRANSE TEKST VAN HET VROEGERE ARTIKEL 1100/1, § 3 EN § 4 VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

20. In de Franse tekst was er geen sprake van een gedeelte, maar van “une quote-part”:

“§ 3. Les conventions ou stipulations à titre onéreux relatives à la propre succession future d’une partie qui concernent l’universalité des biens que la partie laissera à son décès, ou une quote-part des biens que la partie laissera, ou tous ses biens immeubles, tous ses biens meubles ou une quote-part de tous ses biens immeubles ou tous ses biens meubles à son décès ne sont pas autorisées, sauf dans les cas prévus par la loi.

²⁶ Zie hierover J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 23-27, nrs. 37-40.

§ 4. Les conventions ou stipulations à titre onéreux sont toujours autorisées, si elles sont conclues ou faites à titre particulier, même si elles concernent la succession future d'une partie et même si cette partie se réserve le droit de disposer de l'objet de cette convention ou de cette stipulation de son vivant. Une convention ou une stipulation est à titre particulier lorsque la convention ou la stipulation ne concerne pas l'universalité des biens que la partie laissera à son décès, ni une quote-part des biens que la partie laissera à son décès, ni tous ses biens immeubles ou tous ses biens meubles, ou une quote-part de tous ses biens immeubles ou de tous ses biens meubles à son décès. Les articles 1100/5 et 1100/6 ne sont pas applicables aux pactes successoraux mentionnés dans le présent paragraphe.”

Het Franse woord “quote-part” wordt in de juridische taal vertaald als “evenredig deel”²⁷.

D. INTERPRETATIE VAN DE PARAGRAFEN 3 EN 4 VAN ARTIKEL 1100/1 VAN HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

21. In de rechtsleer nam men aan dat men “gedeelte” in de paragrafen 3 en 4 van artikel 1100/1 van het oud Burgerlijk Wetboek ook moest lezen als “evenredig deel”²⁸.

De term “gedeelte” in de Nederlandse tekst vormde eigenlijk een ongelukkige term omdat onder een *gedeelte* van de goederen die de partij zal nalaten, of al haar onroerende goederen, al haar roerende goederen, of een *gedeelte* van al haar onroerende goederen of van al haar roerende goederen bij haar overlijden, men bij een gewone lezing op het eerste gezicht ook een welbepaald bestanddeel van de toekomstige nalatenschap kan begrijpen, wat geenszins de bedoeling was.

22. In de parlementaire voorbereiding komen onder meer volgende passages voor, waaruit volgt dat de woorden “evenredig deel” of “breukdeel” beter beantwoorden aan de bedoeling van de wetgever:

- “Voor bedingen onder bezwarende titel met betrekking tot de eigen toekomstige nalatenschap moet men een bijkomend onderscheid maken. Wanneer een dergelijk beding alle nalatenschapsgoederen betreft, of een evenredig deel van de nalatenschapsgoederen, of al zijn onroerende goederen, roerende goederen of een evenredig deel hiervan (“algemene erfvereenkomsten of erfvereen-

²⁷ Zie o.m. de onlineversie van het *van Dale Woordenboek Frans-Nederlands*, laatst geconsulteerd op 4 april 2023, waar als juridische vertaling voor het Franse “quote-part” het Nederlandse “evenredig deel” wordt gegeven; de onlineversie van het *van Dale Woordenboek Nederlands-Frans*, laatst geconsulteerd op 4 april 2023, waar als vertaling voor het Nederlandse “evenredig deel” het Franse “quote-part” wordt gegeven; E. LE DOCTE, *Viertalig juridisch woordenboek*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 514.

²⁸ Zie J. BAEL, *Het verbod van erfvereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 18-27, nrs. 28-40, vooral 23-27, nrs. 37-40; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 642, nr. 1117 en 643, nr. 1118.

komsten onder algemene titel”), valt dit onder het verbod op erfovereenkomsten. In de andere gevallen is er sprake van een erfovereenkomst onder bijzondere titel. Een erfovereenkomst onder bijzondere en bezwarende titel met betrekking tot de eigen toekomstige nalatenschap is wel toegelaten.”²⁹

- “Het onderscheid tussen algemene erfovereenkomsten, erfovereenkomsten onder algemene titel en erfovereenkomsten onder bijzondere titel is geënt op de driedeling bij de kwalificatie van legaten.”³⁰

E. DE NIEUWE TEKST VAN ARTIKEL 4.242, § 3 EN ARTIKEL 4.243 BW

23. De vervanging van het woord “gedeelte” door het woord “breukdeel” in artikel 4.242, § 3 en artikel 4.243 van het Burgerlijk Wetboek beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever en is dus een goede zaak. Door het woord “breukdeel” te gebruiken wordt de tekst hersteld in de zin zoals die door de wetgever was bedoeld.

24. De nieuwe tekst van artikel 4.242, § 3 van het Burgerlijk Wetboek luidt nu als volgt:

“Overeenkomsten of bedingen onder bezwarende titel betreffende de eigen toekomstige nalatenschap van een partij die de algemeenheid van de goederen betreffen die de partij bij zijn overlijden zal nalaten, of een breukdeel van de goederen die de partij zal nalaten, of al zijn onroerende goederen, al zijn roerende goederen, of een breukdeel van al zijn onroerende goederen of van al zijn roerende goederen bij zijn overlijden, zijn niet toegelaten, tenzij in de gevallen bij de wet bepaald.”

En de nieuwe tekst van artikel 4.243 van het Burgerlijk Wetboek is thans de volgende:

“Overeenkomsten of bedingen onder bezwarende titel zijn altijd toegelaten, als ze onder bijzondere titel zijn gesloten of gemaakt, zelfs als ze de toekomstige nalatenschap van een partij betreffen, en zelfs als die partij zich het recht voorbehoudt om tijdens zijn leven over het voorwerp van die overeenkomst of dat beding te beschikken. Een overeenkomst of beding is onder bijzondere titel, wanneer de overeenkomst of het beding niet de algemeenheid van de goederen betreft die de partij bij zijn overlijden zal nalaten, en evenmin een breukdeel van de goederen die de partij bij zijn overlijden zal nalaten, noch al zijn onroerende

²⁹ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 124-125.

³⁰ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 125.

goederen, al zijn roerende goederen, of een breukdeel van al zijn onroerende goederen of van al zijn roerende goederen bij zijn overlijden. De artikelen 4.249 tot 4.253 zijn niet van toepassing op de in dit artikel bedoelde erfovereenkomsten.”

§ 5. DE AANWEZIGHEID VAN DE PARTIJEN BIJ DE ERFOVEREENKOMST OP DE INFORMATIEVERGADERING (ART. 4.250, § 4 BW)

A. INLEIDING

25. Onder het nieuwe familiaal vermogensrecht rees de vraag of alle partijen persoonlijk aanwezig moesten zijn op de informatievergadering voorafgaand aan het sluiten van een wettelijk toegelaten erfovereenkomst, voorzien in artikel 4.250 van het Burgerlijk Wetboek.

Op die vergadering worden de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen ervan aan alle partijen toegelicht (art. 4.250, § 2, eerste lid BW).

26. Het leek mij in elk geval ten zeerste aangewezen dat alle partijen bij de erfovereenkomst in persoon aanwezig waren. Ik stelde voor om in de begeleidende brief bij het verzenden van het ontwerp van erfovereenkomst en het meedelen van de plaats en het ogenblik van de vergadering aan de partijen mee te delen dat er verwacht wordt dat zij op die vergadering in persoon aanwezig zijn. Hoewel de wettekst dit niet uitdrukkelijk oplegde en de algemene regel is dat een partij zich bij een overeenkomst en ook op een vergadering kan laten vertegenwoordigen door een lasthebber, leek het mij wenselijk dat (in de mate van het mogelijke) de partijen in persoon aanwezig waren, omwille van het belang van de akte en het belang van de toelichting bij de inhoud van de akte en de gevolgen ervan.

Als er onbekwamen zijn betrokken bij de erfovereenkomst, dan is het uiteraard wel mogelijk dat een onbekwame partij vertegenwoordigd wordt.

27. De vraag die rees, is of de partijen juridisch verplicht waren om in persoon aanwezig te zijn op de informatievergadering en of hun afwezigheid leidde tot de nietigheid van de erfovereenkomst.

Er werden op dat vlak in de rechtsleer drie standpunten ingenomen.

B. EERSTE OPVATTING: NIET ALLE PARTIJEN MOETEN OP DE VERGADERING AANWEZIG OF VERTEGENWOORDIGD ZIJN

28. In de parlementaire voorbereiding nam men aan dat niet alle partijen op de vergadering aanwezig (of vertegenwoordigd) moesten zijn. In de memorie van toelichting wordt het als volgt verwoord: “Het vastleggen van een vergadering

ter gelegenheid waarvan de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen ervan door de notaris aan het geheel van de partijen worden toegelicht: de deelname aan deze vergadering is niet verplicht in hoofde van de partijen (bepaalden onder hen zouden terecht van mening kunnen zijn dat zij geen bijkomende informatie nodig hebben). Daarentegen, is het vastleggen van dergelijke vergadering (gemeen aan alle partijen) verplicht voor de instrumenterende notaris.³¹ Ook in de verantwoording bij het amendement nr. 56 wordt er gesteld dat de partijen niet verplicht zijn om de vergadering bij te wonen³².

Deze stelling werd ook in bepaalde rechtsleer gevolgd³³. De partijen moesten dus volgens deze auteurs noch persoonlijk aanwezig zijn op de vergadering, noch vertegenwoordigd zijn door een volmachtdrager.

Volgens De Wulf moest er wel iemand op de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Was dit niet het geval, dan moest volgens deze auteur een nieuwe vergadering worden belegd³⁴. De Wulf stelde wel dat hij als notaris erop zou staan dat minstens de meerderheid van de partijen in persoon aanwezig is op de vergadering³⁵.

C. TWEDE OPVATTING: ALLE PARTIJEN MOETEN OP DE VERGADERING AANWEZIG OF VERTEGENWOORDIGD ZIJN (ZE MOETEN ECHTER NIET IN PERSOON AANWEZIG ZIJN)

29. Het leek mij juridisch niet mogelijk dat niet alle partijen aanwezig (of vertegenwoordigd) waren op de vergadering. Op de vergadering moet men immers de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen daarvan toelichten “aan alle partijen” (art. 4.250, § 2, eerste lid BW).

³¹ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 130.

³² Verantwoording bij het amendement nr. 56 van mevrouw SMEYERS *c.s.*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/004, 7.

³³ C. AUGHUET, “La réforme du droit successoral opérée par les lois des 31 juillet 2017 et 22 juillet 2018. Tour d’horizon revu et augmenté”, *Act.dr.fam.* 2018, 166, nr. 75; R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE en E. ALOFS, *Erfrecht & Giften inclusief de nieuwe Erfwet 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 277, nr. 398; R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE en E. ALOFS, *Erfrecht & Giften. De nieuwe Erfwetten 2017 en 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 291, nr. 398; B. DELAHAYE en E. DE WILDE D’ESTMAEL, “Les pactes successoraux sous la loupe du praticien”, *JT* 2018, 180, nr. 15; C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 138, nr. 218, 144, nr. 229 (model) en 147, nr. 234. Door De Wulf werd dan wel aangeraden dat men de afwezige partij uitnodigt voor een individueel onderhoud met de notaris, dat echter ook niet verplicht was (C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 138, nr. 218).

³⁴ C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 147, nr. 234.

³⁵ C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 147, nr. 234.

Maar men kon zich naar mijn mening wel als partij laten vertegenwoordigen op die vergadering. Dat men de overeenkomst en de gevolgen daarvan moet toelichten aan alle partijen, verhinderde niet dat een partij zich op die vergadering laat vertegenwoordigen door een lasthebber³⁶.

30. In de parlementaire voorbereiding worden het sluiten van een erfovereenkomst in de hoedanigheid van beschikker³⁷ en het verzaken aan rechten in een toekomstige nalatenschap³⁸ als een hoogstpersoonlijke rechtshandeling beschouwd. Maar in elk geval niet meer dan dat. Op de vergadering sluit men geen erfovereenkomst als beschikker en verzaakt men niet aan rechten in een toekomstige nalatenschap. Op de vergadering worden de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen ervan aan de partijen toegelicht, maar wordt geen overeenkomst gesloten.

31. Aangezien de informatievergadering noch het sluiten van een erfovereenkomst in de hoedanigheid van beschikker inhoudt, noch het verzaken aan rechten in een toekomstige nalatenschap, was er naar mijn mening geen enkele bepaling die zich ertegen verzet dat een partij op die informatievergadering wordt vertegenwoordigd. De toelichting op de informatievergadering moet gebeuren ten aanzien van alle partijen, maar ik denk niet dat het hoogstpersoonlijk karakter van de vergadering kon worden ingeroepen om de vertegenwoordiging van een partij op die vergadering te beletten.

Hoewel het mijn voorkeur genoot dat alle partijen in persoon aanwezig waren, denk ik niet dat men een dergelijke verplichting kan afleiden uit de wettelijke bepaling dat de notaris een vergadering vastlegt *“waarop de inhoud van de overeenkomst en de gevolgen ervan aan alle partijen worden toegelicht”*. Als men zegt dat een akte moet worden ondertekend door alle partijen, bedoelt men daar ook niet mee dat alle partijen bij de ondertekening van de akte persoonlijk aanwezig moeten zijn en zich niet kunnen laten vertegenwoordigen. Het leek mij dus

³⁶ J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 91-93, nrs. 175-179; T. DELAMEILLIEURE, “De globale erfovereenkomst civiel en fiscaal bekeken” in F. BUYSENS en A. VERBEKE (eds.), *Notariële actualiteit 2020-2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 278, nr. 31. De hoger aangehaalde rechtsleer die meende dat de partijen niet op de vergadering aanwezig moesten zijn, noch op de vergadering vertegenwoordigd moesten zijn, is logischerwijze ook van oordeel dat een partij zich kan laten vertegenwoordigen op de vergadering (in die zin uitdrukkelijk: B. DELAHAYE en E. DE WILDE D’ESTMAEL, “Les pactes successoraux sous la loupe du praticien”, *JT* 2018, 180, nr. 15; C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 139, nr. 219, 144, nr. 228, 147, nr. 234 en 172, nr. 264 (model)).

³⁷ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 125.

³⁸ MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 126.

dat de wettekst zich er niet tegen verzette dat een partij een lasthebber naar de vergadering stuurde³⁹.

D. DERDE OPVATTING: ALLE PARTIJEN MOETEN OP DE VERGADERING IN PERSOON AANWEZIG ZIJN

32. Andere rechtsleer ging nog een stap verder.

Verbeke en Delbroek stelden dat alle partijen in persoon aanwezig moesten zijn op deze informatievergadering. Zij waren dus van oordeel dat een partij zich niet op de informatievergadering kon laten vertegenwoordigen. Dit standpunt werd ingenomen 1° op basis van het argument dat de notaris volgens de wettekst op de vergadering toelichting moet geven aan alle partijen op een gezamenlijke vergadering, 2° op basis van de *ratio legis* van de wetgeving en 3° op basis van de overweging dat het verzaken aan rechten in een toekomstige nalatenschap een hoogstpersoonlijke rechtshandeling is, zodat men zich niet kan laten vertegenwoordigen op de vergadering, doch in persoon aanwezig moet zijn op de vergadering⁴⁰.

Dezelfde stelling vindt men in nog andere rechtsleer terug⁴¹.

E. SAMENVATTING

33. Samengevat waren er drie stellingen:

– de stelling verwoord in de parlementaire voorbereiding dat niet alle partijen op de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd moeten zijn (er is geen pro-

³⁹ In de zin dat een onderhandse volmacht tot het bijwonen van die vergadering mogelijk was: C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 142, nr. 224.

⁴⁰ A. VERBEKE en M. DELBROEK, “Family dynamics en het evenwicht bij de globale erfovereenkomst” in A. VERBEKE, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Familiaal vermogensrecht in Themis*, Brugge, die Keure, 2019, 96-97. Zie ook A. VERBEKE, “Nieuw Belgisch erfrecht”, *RW* 2017-18, 1100. Oorspronkelijk was Verbeke van oordeel dat niet alle partijen op de vergadering aanwezig moeten zijn (zie R. DEKKERS, H. CASMAN, A. VERBEKE en E. ALOFS, *Erfrecht & Giften inclusief de nieuwe Erfwet 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 278, nr. 398).

⁴¹ H. CASMAN, “Nieuwe Erfwet. Een geactualiseerde kennismaking”, *NJW* 2018, 822, nr. 76; H. CASMAN en B. VERDICKT, “De erfwetten 2017 en 2018: civiele en Vlaamse fiscale aspecten in 8 casussen”, *TFR* 2018, 859, nr. 69; H. CASMAN en A. VERBEKE, “Geldigheidseisen voor het sluiten van een erfovereenkomst” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 126, nr. 8; H. CASMAN, A. VERBEKE, N. NIJBOER, S. SLAETS, B. VERDICKT, *Vermogensplanning tussen echtgenoten*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 132, nr. 178; C. CASTELEIN, “Eén jaar (globale) erfovereenkomsten – quo vadis?”, *TEP* 2019, 338; C. CASTELEIN en L. DEMETS, “Erfovereenkomsten praktisch bekeken” in *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 165, nr. 14; M. DELBROEK en A. VERBEKE, “Deel IV - Erfovereenkomsten” in A. VERBEKE en B. VERDICKT (eds.), *Handboek Estate Planning II: Erfrecht en Giften*, Brussel, Intersentia, 2021, 1212, nr. 2177.

- bleem als een partij niet aanwezig is en evenmin een volmachtdrager heeft gestuurd);
- de stelling dat alle partijen aanwezig of vertegenwoordigd moeten zijn op de vergadering;
 - de stelling dat alle partijen in persoon aanwezig moeten zijn op de vergadering en zich dus niet kunnen laten vertegenwoordigen door een lasthebber.

Hoewel ik neigde naar het tweede standpunt (het is niet wettelijk verplicht dat de partijen in persoon aanwezig zijn op de vergadering, doch ze kunnen zich ook laten vertegenwoordigen), leek het mij wel absoluut aangewezen dat een partij zich niet liet vertegenwoordigen op de vergadering en dat alle partijen in persoon aanwezig waren. Als notaris kon men naar mijn mening toch eisen dat alle partijen in persoon aanwezig waren op de vergadering. Het sluiten van een erfovereenkomst of het stellen van een eenzijdige bindende rechtshandeling betreffende een toekomstige nalatenschap kan verstrekkende gevolgen hebben en een notaris kan van zijn cliënten eisen dat zij de zaken ernstig nemen. Een notaris mocht naar mijn mening de persoonlijke aanwezigheid eisen van de partijen om een voldoende bewuste en vrije wil te waarborgen. Deze vergadering is bedoeld als bescherming van de partijen tegen druk of dwang om een bepaalde beslissing te nemen, tegen onvoldoende overdachte beslissingen en tegen ongelukkige beslissingen waarvan men de gevolgen niet voldoende kan inschatten. Als men als notaris meende dat er onvoldoende garanties waren op dat vlak doordat niet alle partijen in persoon aanwezig zijn op deze vergadering, kon men naar mijn mening weigeren om zijn ambt te verlenen, ook indien de hoger besproken eerste of tweede stelling correct zou zijn⁴².

Wanneer een partij zich echter liet vertegenwoordigen op de vergadering en de notaris daar geen moeite mee had, leidde dit naar mijn mening niet tot de nietigheid van de erfovereenkomst (de tweede hoger door mij verdedigde stelling)⁴³.

F. NIEUWE WETTEKST

34. Thans bepaalt het nieuwe artikel 4.250, § 4 van het Burgerlijk Wetboek dat de informatievergadering op afstand kan plaatsvinden door middel van een elektronisch communicatiemiddel dat alle partijen bij de overeenkomst, en de personen die hen bijstaan of adviseren, toelaat om tegelijkertijd en gedurende de hele duur ervan aan de informatievergadering deel te nemen.

De wet bepaalt nu uitdrukkelijk dat een informatievergadering op afstand mogelijk is.

⁴² J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 94, nr. 181.

⁴³ J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 94, nr. 181.

35. De vraag rijst echter of dit betekent dat alle partijen bij de erfovereenkomst in persoon moeten deelnemen aan de informatievergadering, dan wel of het nog mogelijk is om een volmacht te geven voor het bijwonen van de informatievergadering (het door mij verdedigde standpunt, *cf. supra* nrs. 29-31).

Uit de verantwoording bij het amendement nr. 110 blijkt dat de indieners van het amendement ervan uitgaan dat alle partijen bij de erfovereenkomst in persoon aanwezig moeten zijn op de informatievergadering: “Dit amendement wil de praktische moeilijkheden verhelpen die zich soms voordoen om een informatievergadering te houden, voorafgaand aan de ondertekening van de erfovereenkomst. *De wet stelt immers als dwingende eis dat de betrokken partijen aanwezig zijn op een voorafgaande vergadering*, maar voorziet niets voor het geval het voor sommigen onder hen moeilijk is om deze vergadering bij te wonen, bijvoorbeeld omwille van de afstand die hen scheidt van de plaats waar de vergadering zal doorgaan. Het is nu evenwel zeker mogelijk om zo’n vergadering elektronisch te organiseren. De huidige wettekst sluit deze mogelijkheid niet uit, maar het zou nuttig zijn dat deze mogelijkheid uitdrukkelijk wordt toegelaten.”⁴⁴

36. “Aan de vergadering deelnemen” betekent volgens de parlementaire voorbereiding in deze context de mogelijkheid hebben om de anderen te horen en om zich te uiten terwijl de anderen dit horen⁴⁵.

Het is volgens het amendement nr. 110 voldoende dat alle deelnemers aan de informatievergadering elkaar kunnen horen. Het is volgens de parlementaire voorbereiding niet noodzakelijk dat ze elkaar ook kunnen zien.

Een videoconferentie lijkt mij echter absoluut noodzakelijk. Bij een videoconferentie kan de identiteit vastgesteld worden van de partij die de informatievergadering op afstand bijwoont. Als men de stelling inneemt dat alle partijen de vergadering persoonlijk moeten volgen of als men het standpunt inneemt dat ofwel de partij ofwel een vertegenwoordiger de vergadering moet bijwonen, is een identificatie van de partij die op afstand aan de vergadering deelneemt noodzakelijk.

37. De toevoeging van een vierde paragraaf aan artikel 4.250 van het Burgerlijk Wetboek biedt geen uitsluitel over de vraag of men zich op de informatievergadering al dan niet kan laten vertegenwoordigen, evenmin als over de vraag of iedereen wel op de vergadering moet aanwezig of vertegenwoordigd zijn. De controverse in de rechtsleer blijft op dit punt bestaan. Het lijkt echter gelet op de

⁴⁴ Amendement nr. 110 van de heer Geens *c.s.*, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1272/004, 138. Er valt op te merken dat de Franse tekst van het amendement minder duidelijk stelt dat alle partijen moeten aanwezig zijn op de voorafgaande vergadering. In de Franse tekst staat er: “En effet, *la loi requiert impérativement une réunion préalable des parties concernées*, et ne prévoit rien pour le cas où il est difficile, pour certaines d’entre elles, d’y assister en personne, par exemple en raison de la distance qui les sépare de l’endroit où elle sera tenue.”

⁴⁵ Amendement nr. 110 van de heer Geens *c.s.*, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1272/004, 138.

verantwoording bij het amendement nr. 110 het voorzichtigst om uit te gaan van het standpunt dat alle partijen aan de vergadering persoonlijk moeten deelnemen.

§ 6. AANWEZIGHEID VAN DE PARTIJEN BIJ DE ONDERTEKENING VAN DE ERFOVEREENKOMST? (ART. 4.251, DERDE LID BW)

38. Onder het nieuwe familiaal vermogensrecht, in werking getreden op 1 september 2018, rees ook de vraag of alle partijen persoonlijk aanwezig moesten zijn bij de ondertekening van de notariële akte die de erfovereenkomst bevat.

De wettekst verbiedt niet dat de akte wordt getekend door een lasthebber van een partij. De wet legt niet uitdrukkelijk op dat de handtekening door de partij zelf moet worden geplaatst en de algemene regel is dat een partij zich bij een overeenkomst kan laten vertegenwoordigen door een lasthebber.

Zowel het sluiten van een erfovereenkomst in de hoedanigheid van beschikker⁴⁶ als het verzaken aan rechten in een toekomstige nalatenschap⁴⁷ wordt in de parlementaire voorbereiding echter beschouwd als een hoogstpersoonlijke rechtshandeling⁴⁸.

39. De rechtsleer was verdeeld. Volgens sommige auteurs was een volmacht niet mogelijk wanneer men als erflater-beschikker betreffende een toekomstige nalatenschap contracteerde of wanneer men als vermoedelijke erfgenaam verzaakte aan een recht in een toekomstige nalatenschap⁴⁹. In andere rechtsleer werd het standpunt verdedigd dat een erfovereenkomst geen hoogstpersoonlijke rechtshandeling was en dat men dus een notariële volmacht kon geven voor het sluiten van een erfovereenkomst⁵⁰.

⁴⁶ Zie MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 125.

⁴⁷ Zie MvT bij het wetsvoorstel van 25 januari 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2282/001, 126.

⁴⁸ Zie echter de kritische bedenkingen bij J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 107-110, nrs. 208-211.

⁴⁹ Zie de rechtsleer die stelt dat een erfovereenkomst in principe geen vertegenwoordiging toelaat: C. AUGHUET, “La réforme du droit successoral opérée par la loi du 31 juillet 2017: premier tour d’horizon”, *Act.dr.fam.* 2017, 214, nr. 56; T. DELAMEILLIEURE, “De globale erfovereenkomst civiel en fiscaal bekeken” in F. BUYSENS en A. VERBEKE (eds.), *Notariële actualiteit 2020-2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 278, nr. 31.

⁵⁰ In de zin dat men een notariële volmacht kan geven voor het sluiten van de erfovereenkomst: H. CASMAN en A. VERBEKE, “Geldigheidseisen voor het sluiten van een erfovereenkomst” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2019*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 128, nr. 9 (het moet dan wel om een bijzondere volmacht gaan die naar het finale ontwerp verwijst of waar het finale ontwerp aan vastgehecht is); C. CASTELEIN, “Eén jaar (globale) erfovereenkomsten – quo vadis?”, *TEP* 2019, 338; C. CASTELEIN en L. DEMETS, “Erfovereenkomsten praktisch bekeken” in *Vlanot Jaarboek 2021*, Antwerpen, Intersentia, 2022, 166, nr. 14; B. DELAHAYE en E. DE WILDE D’ESTMAEL, “Les pactes successoraux sous la loupe du praticien”, *JT* 2018, 182, nr. 29 (deze auteurs stellen zonder enig voorbehoud dat een bijzondere volmacht kan worden gegeven tot het ondertekenen

40. Om die redenen (hoogstpersoonlijke rechtshandeling en verdeelde rechtsleer) was het in de praktijk ten zeerste aangewezen dat alle partijen bij de erfovereenkomst in persoon aanwezig waren, althans als die partij een erfovereenkomst sloot in de hoedanigheid van beschikker of als die partij als vermoedelijke erfgenaam verzaakte aan rechten betreffende een toekomstige nalatenschap. Aldus vermeed men een mogelijk betwisting van de erfovereenkomst op grond van de argumentatie van de hoogstpersoonlijke rechtshandeling.

41. Dat het daardoor niet mogelijk of niet veilig was om een volmacht te geven voor de ondertekening van de notariële akte die de erfovereenkomst bevatte, bleek in de praktijk geregeld een probleem te vormen. Door het amendement nr. 137 wordt aan dit probleem verholpen⁵¹. Er wordt een nieuw derde lid toegevoegd aan artikel 4.251 van het Burgerlijk Wetboek luidend als volgt:

“De partijen bij de overeenkomst die meerderjarig en bekwaam zijn kunnen vertegenwoordigd worden door een lasthebber die houder is van een bijzondere authentieke volmacht. Deze volmacht kan slechts worden verleend na verloop van de termijn vermeld in het eerste lid.”

42. Daaruit blijkt het volgende:

- De partijen bij de erfovereenkomst die meerderjarig en bekwaam zijn kunnen vertegenwoordigd worden bij de ondertekening van de erfovereenkomst.
- De lasthebber moet houder zijn van een bijzondere authentieke volmacht.

De volmacht moet notarieel zijn. Bovendien moet de volmacht een bijzondere volmacht zijn. Daarmee bedoelt men dat de volmacht, net zoals men dat nodig achtte bij een volmacht om een schenking te doen⁵², duidelijk de identiteit van de partijen moet bepalen, het voorwerp van de erfovereenkomst en de voorwaarden van de erfovereenkomst. Men mag het niet aan de lasthebber overlaten om de inhoud van de erfovereenkomst te bepalen⁵³. In de praktijk zal men best de vol-

van een globale erfovereenkomst); C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 141-142, nr. 224.

⁵¹ Amendement nr. 137 van de heer Geens, *Parl.St. Kamer 2021-22*, nr. 55-1272/005, 10-11.

⁵² In de verantwoording bij het amendement wordt verwezen naar de volmacht om te schenken (amendement nr. 137 van de heer Geens, *Parl.St. Kamer 2021-22*, nr. 55-1272/005, 10).

⁵³ Verantwoording bij het amendement nr. 137 van de heer Geens, *Parl.St. Kamer 2021-22*, nr. 55-1272/005, 10: “De wil om zich in een erfovereenkomst te verbinden moet uiteraard bestaan in hoofde van deze meerderjarige en bekwaame persoon zelf. Indien een partij die meerderjarig en bekwaam is, zich laat vertegenwoordigen bij de ondertekening van de akte, kan ze enkel vertegenwoordigd worden door een persoon die de wil van de vertegenwoordigde uit. Dat is dus dezelfde situatie als degene die zich voordoet wanneer een schenker in een schenkingsakte bij volmacht wordt vertegenwoordigd. Die volmacht moet dan bijzonder en authentiek zijn, omdat zeker moet vaststaan dat de wil om te schenken – de intentie om te begiftigen – wel degelijk bestaat in hoofde van de volmachtgever, en dat deze laatste de macht om die wil te uiten niet aan een ander heeft gedelegeerd. Hetzelfde moet gelden voor de vertegenwoordiging van een partij in een erfovereenkomst. De intentie om te begiftigen in hoofde van de beschikker, en de wil om het bereikte evenwicht te bevestigen in hoofde van de afstammelingen, zijn met name wilsuitingen die niet kunnen gedelegeerd worden; wel kan de uitvoering van die wil aan een volmachthouder worden toegekend.”

ledige erfovereenkomst opnemen in de notariële volmacht. Eens de informatievergadering heeft plaatsgevonden, kan de inhoud van de erfovereenkomst toch niet meer worden gewijzigd⁵⁴.

- De volmacht kan slechts worden verleend na het verstrijken van de bedenktijd (de periode van minstens een maand tussen de informatievergadering en de ondertekening van de erfovereenkomst). Men wil dus dat de partij bij de erfovereenkomst ten volle gebruikmaakt van de bedenktijd vooraleer de beslissing te nemen om de erfovereenkomst te ondertekenen. De volmacht kan pas worden gegeven als de beslissing om de erfovereenkomst te ondertekenen is genomen, hetgeen ten vroegste kan na het verstrijken van de door de wetgever opgelegde bedenktijd. Dit wordt in de parlementaire voorbereiding beschouwd als een nieuwe regel, die pas geldt voor volmachten die vanaf 1 juli 2022 worden gegeven⁵⁵. Alle volmachten gegeven vóór het verstrijken van de bedenktijd vóór de inwerkingtreding van boek 4 worden dus in de parlementaire voorbereiding geldig geacht⁵⁶.
- Het is mogelijk om de authentieke volmacht te verlijden in gedematerialiseerde vorm op afstand overeenkomstig de bepalingen van artikel 18*quinquies*, § 2 van de Organieke Wet Notariaat (art. 18*quinquies*, § 1 Organieke Wet Notariaat). Wanneer een van de partijen bij de erfovereenkomst zich in het buitenland bevindt, kan aldus zonder probleem voor een Belgische notaris een notariële volmacht worden gegeven.

§ 7. BESLUIT

43. In boek 4 van het Burgerlijk Wetboek worden een aantal inhoudelijke wijzigingen of verduidelijkingen aangebracht betreffende het verbod van erfovereenkomsten.

De verduidelijking dat de ascendentenverdeling onder de levenden enkel onder toepassing van de artikelen 4.244 tot en met 4.253 van het Burgerlijk Wetboek inzake de erfovereenkomsten valt wanneer de ascendentenverdeling een erfovereenkomst bevat, is positief (*cf. supra* nrs. 2 e.v.). Hetzelfde kan worden gezegd van de verduidelijking inzake de overeenkomsten onder bezwarende en bijzondere titel (*cf. supra* nrs. 18 e.v.). Ook de uitdrukkelijke bevestiging van de mogelijkheid om een informatievergadering op afstand te houden (*cf. supra* nrs. 25 e.v.) en de mogelijkheid om na de bedenktijd een volmacht te geven voor

⁵⁴ Zie J. BAEL, *Het verbod van erfovereenkomsten in het nieuwe erfrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 115-116, nrs. 221-222 en 117, nr. 225.

⁵⁵ Verantwoording bij het amendement nr. 137 van de heer Geens, *Parl.St. Kamer 2021-22*, nr. 55-1272/005, 11.

⁵⁶ Zie ook de verantwoording bij het amendement nr. 137 van de heer Geens, *Parl.St. Kamer 2021-22*, nr. 55-1272/005, 10.

het sluiten van een erfovereenkomst (*cf. supra* nrs. 38 e.v.) zijn positieve aanpassingen aan de wettekst.

Het is goed dat boek 4 geen loutere codificatie is geworden van het familiaal vermogensrecht dat in werking was getreden op 1 september 2018, maar dat men van de gelegenheid gebruik heeft gemaakt om een aantal verduidelijkingen en verbeteringen door te voeren.

44. In welke mate de verruiming van de mogelijkheid voor derden om over hun toekomstige nalatenschap te beschikken ten gunste van een echtgenoot in een huwelijksovereenkomst in de praktijk toepassing zal vinden (*cf. supra* nrs. 11 e.v.), is onduidelijk. Het lijkt mij niet dat er zoveel vraag is om op onherroepelijke wijze over uw toekomstige nalatenschap te kunnen beschikken. De toekomst zal uitwijzen welke impact de wijziging in artikel 4.233, § 1 van het Burgerlijk Wetboek in de praktijk zal hebben.

LA MODIFICATION DU DROIT APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

Laurent BARNICH

INTRODUCTION

Il n'est pas certain que la pratique notariale ait pris toute la mesure des conséquences de la dernière réforme intervenue dans la matière des régimes matrimoniaux en droit international privé.

Cette réforme résulte de l'entrée en vigueur, le 29 janvier 2019, du règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (ci-après « le règlement Régimes matrimoniaux »).

Les conséquences immédiates de la réforme ont été largement exposées et sans doute bien comprises : modification des règles de compétence judiciaire, adaptation – marginale en réalité par rapport au Code de droit international privé (ci-après « le Code de DIP ») – des règles de conflit de lois, reconnaissance mutuelle des jugements et uniformisation du droit international privé entre les États de l'Union ayant pris part au règlement.

L'impact du nouveau règlement sur les conventions matrimoniales que les époux se proposent de conclure pendant leur mariage n'apparaît pas immédiatement. C'est pourquoi il nous semble opportun d'en dire quelques mots sans prétendre épuiser le sujet. Et pour illustrer mieux le propos, nous présenterons des cas imaginés à partir de situations très ordinaires que tous les notaires pourraient rencontrer.

CHAPITRE 1. LES RÈGLES DU DROIT TRANSITOIRE

Le règlement Régimes matrimoniaux, suivant son article 69, 1^o, s'applique aux procédures engagées, aux actes authentiques formellement dressés ou enregistrés et aux transactions judiciaires approuvées ou conclues à partir de son entrée en vigueur.

Les règles en matière de compétence judiciaire s'appliquent dès lors immédiatement.

Tel n'est pas le cas des règles relatives à la loi applicable. À cet égard, suivant son article 69, 3^o, le règlement Régimes matrimoniaux ne concerne que les

époux qui se sont unis après le 28¹ janvier 2019 (i) et ceux qui ont désigné la loi applicable à leur régime matrimonial après cette date (ii).

(i) L'application des règles de rattachement du règlement aux époux qui se sont unis après le 28 janvier 2019 est conforme aux principes traditionnels du droit transitoire dans cette matière². Pour déterminer la loi applicable à leur régime matrimonial, il convient d'appliquer :

- les règles dégagées jadis par la jurisprudence aux époux mariés avant le 1^{er} octobre 2004 ;
- les articles 49 à 52 du Code de droit international privé aux époux mariés après cette date, mais avant l'entrée en vigueur du règlement Régimes matrimoniaux.

(ii) L'application du règlement Régimes matrimoniaux aux époux qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après le 28 janvier 2019 a une importance considérable pour les praticiens.

Ceux-ci doivent considérer que tous époux, quelle que soit la date de leur mariage, peuvent invoquer les dispositions du règlement Régimes matrimoniaux et pénétrer ainsi dans son domaine par un acte de volonté, plus précisément par une convention matrimoniale portant désignation du droit applicable.

Quel est précisément le type de convention matrimoniale qui fait entrer les époux dans le champ d'application du règlement Régimes matrimoniaux ?

Est-il permis de déclarer que le règlement s'applique aux relations patrimoniales des époux dès qu'ils désignent la loi applicable, et même s'ils se bornent à confirmer un choix antérieur ou à désigner la loi qui résulte d'un rattachement antérieur ? Faut-il, au contraire, pour que le règlement Régimes matrimoniaux s'applique, que la convention matrimoniale porte un changement de droit applicable ? La question est débattue³. La première branche de l'alternative nous paraît préférable pour les motifs suivants.

¹ La date n'est pas celle de la version initiale du règlement mais résulte d'un rectificatif au règlement (UE) 2016/1103, publié au *J.O.*, L 183, 8 juillet 2016.

² La Cour de cassation avait, dès 1993, déclaré que les règles nouvelles ne pouvaient pas porter atteinte aux situations acquises sous l'empire de la règle ancienne (Cass., 9 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 665, conclusions conformes de l'avocat général E. Liekendael ; *Rev. not.*, 1993, p. 563 ; *R.C.J.B.*, 1994, p. 668, note N. WATTÉ). La même solution se trouve à l'article 21 de la Convention de La Haye, du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, qui s'applique, dans chaque État, aux époux qui se marient (ou qui modifient leur régime) après son entrée en vigueur dans cet État. Cette convention n'a jamais été ratifiée par la Belgique.

³ P. Wautelet estime que la désignation du droit applicable suffit (« Le nouveau droit international privé des relations patrimoniales de couple », *J.T.*, 2021, p. 33 ; P. WAUTELET, « Article 69 », in A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, Bruxelles, Bruylant, 2021, n° 27, p. 1287). Estiment au contraire qu'un changement de droit applicable est requis : J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le règlement européen "régimes matrimoniaux" et la pratique notariale », *Tapas de droit notarial 2018*, Bruxelles, Larquier, 2019, p. 189 et s., spéc. n° 14 ; S. GODECHOT-PATRIS,

Premièrement, un argument de texte : la règle transitoire du règlement Régimes matrimoniaux vise la désignation du droit applicable et pas le changement de droit applicable.

Deuxièmement, la désignation du droit applicable peut avoir un intérêt pour les époux, alors même qu'elle n'apporte aucune modification du droit applicable à leur régime. Elle permet en effet de clarifier la situation dans les cas où la complexité, voire la divergence des règles de cette matière est source d'incertitude ou de confusion. Les exemples suivants peuvent illustrer ceci⁴.

(Cas n° 1) Une Française et un Sénégalais se marient au Sénégal, en 2012. Ils choisissent, par déclaration à l'officier de l'état civil, le régime de la séparation de biens. Ils viennent peu après s'établir en Belgique où ils fixent leur première résidence conjugale. Il n'est pas certain que leur déclaration à l'officier de l'état civil au Sénégal sera tenue pour un choix valable du droit sénégalais de la séparation des biens⁵. Exprimée aujourd'hui, dans une convention matrimoniale, cette désignation du droit sénégalais de la séparation des biens n'est pas un changement de droit applicable. Elle ne fait que confirmer et conforter un choix antérieur.

(Cas n° 2) Un Belge et une Marocaine se marient au Maroc en janvier 2018, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident quelques mois et viennent ensuite s'établir en Belgique. Suivant l'article 51 du Code de droit international privé, la loi applicable à leur régime est celle de l'État où ils ont fixé leur première résidence conjugale. En l'espèce, ce critère de rattachement est incertain. Désigne-t-il le Maroc ou la Belgique ? La désignation formelle de cette première résidence et du droit applicable qui en découle, permet à ces époux de sécuriser leur situation, sans pour autant qu'elle soit à leurs yeux un changement de droit.

« Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *D.*, 2016, p. 2295.

⁴ On en trouvera d'autres très bien exposés sous la plume de J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le changement de loi applicable au régime matrimonial », *Tapas de droit notarial 2022*, Bruxelles, Larcier, 2022.

⁵ S'agissant de deux Belges ayant effectué une telle déclaration, le Tribunal civil de Liège, dans un jugement du 16 septembre 2013, confirmé par la Cour d'appel de Liège le 24 octobre 2014, a décidé que « le seul fait pour les parties d'avoir déclaré à l'officier de l'état civil opter pour le régime séparation de biens ne peut être interprété comme un choix du droit applicable à leur régime matrimonial. En effet, ce faisant, les parties n'ont nullement indiqué faire choix d'un système juridique quelconque, comme par exemple le système juridique sénégalais ou le système juridique belge. Elles ont uniquement entendu faire choix d'un type de régime matrimonial, sans préciser de quel système juridique elles entendaient faire relever ce régime matrimonial. Elles ont en quelque sorte choisi leur régime matrimonial sans choisir le droit y applicable » (*R.T.D.F.*, 2017, p. 547 ; *Notamus*, 2015, n° 1, p. 30, obs. G. VAN CALTSER). Cette décision est sans doute critiquable car le choix répond aux conditions de l'article 52 du Code de DIP qui n'impose pas une désignation formelle ou explicite du droit applicable. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles a tenu pour valable la déclaration de deux époux devant le prêtre italien en charge de la célébration du mariage (avec effet civil selon la loi italienne), ayant déclaré opter pour le régime de la séparation de biens ; la lecture de l'arrêt ne permet pas de déterminer si les époux avaient formellement désigné le droit italien ou si cette désignation était implicite (arrêt du 2 mars 2021, 2020, *T.E.P.*, 2022/2, p. 231-238 ; revue@dipr.be, 2022/3).

(Cas n° 3) En 2003, deux Marocains contractent mariage en France où ils résident, sans établir de contrat de mariage. En 2022, ils s'installent en Belgique. Le notaire leur apprend que d'après la règle belge de conflit de lois en vigueur à l'époque de leur mariage, ils sont soumis au régime légal de droit marocain, soit un régime de séparation des biens. À l'époque où ils vivaient en France, on leur disait pourtant qu'ils étaient mariés sous le régime légal de communauté de droit français⁶. La confusion regrettable provient d'une divergence entre la règle de conflit de lois belge et la règle française. Dans un tel cas, il serait paradoxal de déclarer que la désignation du droit français par les époux s'installant en Belgique serait un « changement de droit applicable ». La convention matrimoniale par laquelle ils désignent le régime légal de communauté de droit français n'est, pour eux, qu'un acte confirmatif.

Dans les trois cas présentés ci-dessus, la désignation du droit applicable a un intérêt pour les époux, celui d'éviter toute incertitude quant à la loi qui leur est applicable. Le règlement Régimes matrimoniaux leur permet assurément de satisfaire cet intérêt.

Pareille désignation ou plutôt confirmation de la loi applicable ne modifie pas le régime matrimonial proprement dit⁷. Un tel acte est valable, sans préjudice du droit des tiers de le contester en cas de fraude.

CHAPITRE 2. CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DU RÈGLEMENT RÉGIMES MATRIMONIAUX

La désignation du droit applicable à leur régime matrimonial par deux époux pendant leur mariage a, depuis l'entrée en vigueur du règlement Régimes matrimoniaux, une conséquence indirecte à laquelle il faut être très attentif.

Car cette désignation emporte l'application de la loi désignée à toutes les relations patrimoniales desdits époux⁸. Elle étend le domaine de la loi du régime à tous les effets patrimoniaux du mariage, en ce compris ceux que le Code de DIP rattachait précédemment aux effets personnels du mariage. L'application du règlement Régimes matrimoniaux aux époux mariés avant son entrée en vigueur fait « basculer » ces époux dans le domaine entier du règlement, qui est plus large que le domaine des régimes matrimoniaux selon le Code de DIP.

L'article 48, § 2, du Code de DIP rattache aux effets du mariage et non pas à la loi du régime matrimonial un certain nombre d'effets patrimoniaux du mariage :

⁶ Solution dérivant de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux en vigueur en France à l'époque du mariage.

⁷ Dans le même sens : J.-L. VAN BOXSTAEL, *Tapas de droit notarial 2022, op. cit.*, p. 72.

⁸ P. WAUTELET, « Article 69 », in A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, Bruxelles, Bruylant, 2021, n° 24, p. 1286.

la contribution des époux aux charges du mariage, la perception des revenus par chaque époux et leur affectation, l'admissibilité des contrats et libéralités entre époux, et la révocation de celles-ci, les modalités de la représentation d'un des époux par l'autre, la validité à l'égard d'un époux d'un acte passé par l'autre qui affecte les intérêts de la famille, ainsi que la réparation des conséquences dommageables d'un tel acte à l'égard de cet époux. Les époux qui entrent dans le champ d'application du règlement Régimes matrimoniaux verront ces questions soumises désormais à la même loi que celle de leur régime « secondaire ». Le choix de droit applicable n'est dès lors pas anodin.

Considérons, par exemple, la matière des donations entre époux. La loi belge les tient pour librement révocables. D'autres lois, notamment la loi française⁹, prennent le parti contraire. Imaginons le cas de deux époux français mariés en France en 2013, y ayant fixé leur première résidence après le mariage et s'étant installés en Belgique en 2018. La donation entre eux réalisée en 2019 est soumise à la loi belge par l'article 48, § 1, 1^o, du Code de DIP, comme étant la loi de leur résidence habituelle au moment de l'acte¹⁰. La désignation formelle de la loi française par les mêmes époux à toutes leurs relations patrimoniales, opérée délibérément sous l'empire du règlement Régimes matrimoniaux, leur permet de donner un caractère irrévocable à la donation.

CHAPITE 3. LA MODIFICATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

La détermination de la loi applicable à cette question oblige à distinguer préalablement deux catégories de couples mariés, selon qu'ils sont (A) ou pas (B) dans le champ d'application du règlement Régimes matrimoniaux, en fonction des règles de droit transitoire examinées ci-avant.

SECTION 1.

La première catégorie à envisager comprend les époux mariés avant la date d'entrée en vigueur du règlement Régimes matrimoniaux qui n'ont pas choisi, depuis cette date, la loi applicable à leurs relations patrimoniales.

Pour ces époux, la modification de leurs conventions matrimoniales, sans choix formel de droit applicable, a lieu à droit constant. Il appartient à la loi du régime, telle que cette loi est désignée par les anciennes règles de conflit de lois¹¹, de déterminer les conditions auxquelles l'acte modificatif de régime est subordonné¹².

⁹ Art. 1096, al. 2, du Code civil français.

¹⁰ Un cas analogue est proposé par J.-L. VAN BOXSTAEL, *Tapas de droit notarial 2022, op. cit.*, p. 66.

¹¹ *Cf. supra.*

¹² Dans le même sens, J.-L. VAN BOXSTAEL, *Tapas de droit notarial 2022, op. cit.*, p. 78.

SECTION 2.

La seconde catégorie à envisager comprend les époux qui sont soumis au règlement Régimes matrimoniaux. Il s'agit de tous les autres époux, c'est-à-dire ceux qui se sont mariés après la date d'entrée en vigueur du règlement, ainsi que ceux qui ont, depuis lors, ou qui se proposent à présent de modifier la loi applicable à leurs relations patrimoniales.

Considérons tout d'abord les époux qui se sont mariés après l'entrée en vigueur du règlement Régimes matrimoniaux. Ceux-là peuvent vouloir modifier leur régime matrimonial sans en changer la loi applicable.

Étant donné que ces époux ne sont pas désireux de modifier la loi applicable à leur régime, l'acte modificatif de régime est soumis à cette même loi dans laquelle se déploient leurs relations patrimoniales. Ce cas-là ne présente de prime abord aucune difficulté particulière et n'appelle pas de plus amples développements.

Examinons ensuite la situation des couples qui se proposent de modifier la loi applicable à leur régime en vue de changer ce régime lui-même.

Précisons d'emblée que cette hypothèse est distincte de celle examinée au chapitre 1 où la désignation du droit applicable se bornait à une confirmation par les époux de la loi applicable à leur régime matrimonial, sans intention d'en adopter une autre.

L'hypothèse qu'il faut examiner ici est différente. Elle se présente lorsque les époux ne sont pas satisfaits de leur régime ni de la loi qui le régit et veulent tout à la fois changer l'un et l'autre. Car, il faut bien le constater, le changement de loi applicable au régime matrimonial s'accompagne presque nécessairement d'une modification du régime lui-même¹³.

La convention matrimoniale modificative de loi applicable est visée à l'article 22 du règlement Régimes matrimoniaux, lequel est libellé comme suit :

« § 1. Les époux ou futurs époux peuvent convenir de désigner ou de modifier la loi applicable à leur régime matrimonial, pour autant que ladite loi soit l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État dans lequel au moins l'un des époux ou futurs époux a sa résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention ; ou*
- b) la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux a la nationalité au moment de la conclusion de la convention.*

¹³ On pourrait dire peut-être que le passage d'un régime de séparation de biens pure et simple soumis à la loi d'un État, vers un régime de séparation de biens pure et simple, soumis à la loi d'un autre État, ne modifie pas le régime lui-même mais on ne voit pas l'utilité d'un tel acte.

§ 2. Sauf convention contraire des époux, le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir.

§ 3. Aucun changement rétroactif de la loi applicable en vertu du paragraphe 2 ne porte atteinte aux droits des tiers résultant de cette loi. »

Comment articuler ces règles ? Pour en comprendre l'enjeu, considérons quelques cas dans lesquels leur mise en œuvre pourra être envisagée.

(Cas n° 4) Deux Belges se marient à Rome, en 2020, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident trois ans et viennent ensuite s'établir en Belgique. Suivant l'article 26 du règlement Régimes matrimoniaux, ils sont mariés sous le régime légal de droit italien. Ils souhaitent convenir entre eux d'une clause de partage inégal de la communauté, ce que la loi italienne ne permet pas¹⁴. Pour atteindre cet objectif, ils devront changer la loi applicable et opter pour la loi belge.

(Cas n° 5) Deux Belges se marient à Singapour, en 2020, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident trois ans et viennent ensuite s'établir en Belgique. Suivant l'article 26 du règlement Régimes matrimoniaux, ils sont mariés sous le régime matrimonial légal à Singapour. Ce régime, basé sur la séparation des biens, comporte néanmoins des règles complexes en matière de liquidation et donne au juge un pouvoir d'appréciation important en équité. Les époux veulent éviter l'incertitude qui en résulte et exclure toute correction en équité, comme le permet l'article 2.3.81 du Code civil belge. Pour atteindre cet objectif, ils pourront opter pour le régime belge de la séparation des biens.

(Cas n° 6) Deux Belges se marient à New York, en 2020, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident trois ans et viennent ensuite s'établir en Belgique. Suivant l'article 26 du règlement Régimes matrimoniaux, ils sont mariés sous le régime légal de droit de cet État, en l'occurrence la séparation des biens. Ceci ne leur convient pas. Ils désirent adopter le régime légal de la communauté du droit belge.

(Cas n° 7) Deux Marocains se marient au Maroc, en 2020, sans établir de contrat de mariage. Ils fixent leur première résidence en Belgique. Au moment de se présenter chez un notaire pour acquérir leur première habitation, le notaire leur apprend qu'ils sont soumis au régime légal de la communauté de droit belge. Cela ne leur convient pas ; ils veulent adopter le régime marocain de la séparation des biens.

Que prévoit l'article 22 du règlement Régimes matrimoniaux à propos de tels changements ?

¹⁴ Art. 194 et 210, al. 3, du Code civil italien. Pour une application : Mons, 20 mars 2018, *Rev. not.*, 2018, p. 624.

Il édicte tout d'abord que les époux ne peuvent pas choisir n'importe quelle loi. Leur choix est limité entre la loi de la résidence habituelle ou loi de la nationalité de l'un d'eux.

Il prescrit ensuite que, sauf convention contraire, le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage n'a d'effet que pour l'avenir. Il en résulte que les époux peuvent donner à leur choix un effet rétroactif ou pas. Et s'ils le font, précise l'article 22 du règlement, dans ses §§ 2 et 3, cet effet rétroactif ne pourra pas porter préjudice aux tiers.

Cet effet facultativement rétroactif du choix de droit applicable mérite des développements particuliers. Le chapitre suivant y est consacré.

CHAPITRE 4. MODIFICATION RÉTROACTIVE DE LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

Dans les États ayant ratifié la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, l'article 6 de cette convention qui autorisait le changement de droit applicable, sans autre précision, avait suscité de grandes difficultés d'application quant aux effets de ce changement¹⁵. On se demandait notamment si le changement devait ou non de voir reconnaître un caractère rétroactif.

Le règlement Régimes matrimoniaux coupe toute hésitation à la racine. Il octroie aux époux la faculté de donner au changement de loi applicable un effet rétroactif ou pas. Il précise en outre que si les époux ne déclarent rien à ce sujet, le changement de loi applicable n'est pas rétroactif. Il n'a d'effet que pour l'avenir.

Si les époux décident de modifier la loi applicable à leur régime pour l'avenir seulement, il y aura lieu, au moment de la liquidation, de dissocier deux masses¹⁶. Le report de cette double liquidation jusqu'au moment de la dissolution du mariage est, comme on peut s'en douter, de nature à compliquer considérablement les opérations. D'où la suggestion d'éviter ceci autant que possible en liquidant le régime précédent, au moment du changement de loi, sans reporter cette opération à plus tard. La loi interne belge, détachée pourtant de cette difficulté propre au droit international privé, encourage à procéder de la sorte en imposant à un inventaire « lorsque la modification du régime matrimonial entraîne la liquidation du régime préexistant » (*cf. infra*).

Alternativement, les époux sont formellement autorisés par le règlement Régimes matrimoniaux à choisir une autre loi applicable en donnant expressément

¹⁵ Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit international*, V° Régimes matrimoniaux, P. LAGARDE, n° 57 et s., spéc. n°63.

¹⁶ Cass. France, 12 avril 2012, *J.D.I.*, 2012, p. 950, note I. BARRIÈRE-BROUSSE.

à leur choix un effet rétroactif. Le cas échéant, on peut affirmer d'emblée qu'il n'y a pas lieu de liquider le régime antérieur. Bien au contraire, une telle « liquidation » conduirait à méconnaître l'effet rétroactif de la loi nouvelle que les époux ont été autorisés à choisir. Si le mot « rétroactif » a un sens, il signifie que la loi nouvelle détermine les relations patrimoniales des époux depuis la célébration du mariage. Telle n'est pas l'opinion de la doctrine majoritaire, qui ne paraît pas cependant avoir pris conscience de la nature originale de cet acte aux effets rétroactifs¹⁷.

Appliquons ces explications de texte aux cas que nous avons envisagés plus haut.

Dans le cas numéro 4, les époux voudront sans aucun doute donner à leur choix un caractère rétroactif. À défaut, la communauté de droit belge ne comprendrait que les biens acquis après le changement de loi applicable. La liquidation du régime antérieur selon le droit italien n'aurait ici aucun sens ni aucune utilité.

Dans le cas numéro 5, les époux devront aussi donner un effet rétroactif à la loi nouvelle. Pas question de liquider le régime antérieur ! Ce sont précisément les règles compliquées du droit de Singapour, applicables en cas de liquidation, que les époux veulent éviter.

Dans le cas numéro 6, le choix rétroactif du régime légal de communauté de droit belge permet aux époux de faire démarrer leur communauté depuis la date de célébration du mariage. Dans un tel cas, il n'est pas non plus nécessaire de liquider le régime antérieur. Seuls les tiers pourraient éventuellement se plaindre du changement intervenu.

Dans le cas numéro 7, le choix rétroactif de la loi marocaine ne pourra pas être conseillé. Il y aura lieu de liquider préalablement la communauté qui aura « fonctionné » entre la célébration du mariage et le changement de loi.

Ces cas illustrent que la décision de donner ou pas un caractère rétroactif au changement de droit applicable doit être prise en considérant les effets concrets de ce changement sur le régime lui-même.

¹⁷ P. WAUTELET (« Article 22 », in A. BONOMI et P. WAUTELET, *Le droit européen des relations patrimoniales de couple*, Bruylant, 2021, n° 178 et 179, p. 662), déclare que « la prudence conseille de procéder à une liquidation du régime préexistant ou à tout le moins de procéder à un inventaire » mais que cette « liquidation » ne pourra plus être effectuée sur la base de la loi initiale mais devra l'être sur celle de la loi nouvellement choisie. Mais alors, pourquoi liquider le régime en cours de mariage ? J.-L. VAN BOXSTAEL (*Tapas de droit notarial 2022, op. cit.*) conseille de privilégier une modification de loi applicable avec portée rétroactive, comme étant de bonne pratique (p. 80), et déclare que l'inventaire et la liquidation du régime antérieur sont imposés par la loi belge quand elle est la nouvelle loi choisie (p. 84) ; il assimile ainsi deux questions distinctes : la modification de droit applicable et la modification de régime au sein du droit belge.

Il n'y a pas de modèle général pour un tel acte. Il faut l'établir « sur mesure ».

Dans la rédaction de cet acte, l'idéal est sans doute de décrire suffisamment le patrimoine des époux pour que les changements éventuels induits par la modification de droit applicable apparaissent clairement, tant pour ceux-ci que pour les tiers. Dans certains cas, l'inventaire sera utile, dans d'autres il sera superflu.

L'acte est simple à rédiger lorsque le droit applicable au régime précédent et celui applicable diffèrent seulement pour ce qui concerne les règles de la liquidation ou du partage.

En cas de passage d'un régime légal de séparation vers le régime légal belge de communauté, la modification de loi applicable ressemble à un apport à la communauté de tous les biens que la loi nouvellement choisie fait comprendre dans cette communauté. Mais cette ressemblance n'est qu'apparente. Il y aurait effectivement un apport si les époux, après avoir liquidé leur régime matrimonial antérieur, apportaient tous les biens acquis conjointement à leur communauté. Un tel apport serait soumis aux règles du droit belge en matière d'apport et notamment aux articles 2.3.53 et 2.3.57 du Code civil. Ces dispositions ne sont pas d'application en cas de choix rétroactif de la loi belge.

Par contre, le passage d'un régime légal de communauté vers un régime légal de séparation, il faudra nécessairement liquider et partager la communauté.

CHAPITRE 5. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ACTE MODIFICATIF DE RÉGIME

Traditionnellement on distingue, dans cette matière, les exigences de fond et celles relatives à la forme.

Quant au fond, il se déduit implicitement de l'article 24, § 1^{er}, du règlement Régimes matrimoniaux que la loi nouvellement choisie doit être consultée. La compétence de la loi ancienne est répudiée par le fait même que tout obstacle qu'elle pourrait édicter serait une entrave au droit donné aux époux par le règlement Régimes matrimoniaux de choisir, sans contrainte, une loi nouvelle. Le cas suivant permet d'illustrer ceci.

(Cas n° 8) Deux Camerounais se marient dans leur pays, en 2012, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident plusieurs années et viennent ensuite s'établir en Belgique. Ils sont mariés sous le régime légal du Cameroun, lequel est intangible suivant l'article 1395 du Code civil de cet État. Cette règle ne les empêche pas de choisir le droit belge.

Quant à la forme, il faut se reporter aux règles applicables à la forme des conventions matrimoniales en général (articles 22 et 25 du règlement Régimes ma-

trimoniaux). Les époux doivent rédiger au minimum un écrit qu'ils datent et signent. Leur acte doit respecter les exigences formelles de la loi applicable au régime matrimonial. Et cet acte doit, en outre, respecter le formalisme prévu par la loi de l'État membre de la résidence des époux.

Cette accumulation d'exigences formelles est déroutante. Le cas ci-après en donne une illustration.

(Cas n° 9) Deux Français se marient en France, en janvier 2021, sans établir de contrat de mariage. Ils y résident deux ans et viennent ensuite s'établir en Belgique. Suivant l'article 26 du règlement Régimes matrimoniaux, ils sont mariés sous le régime légal de droit français. S'ils veulent adopter une clause de partage inégal sans changer la loi applicable, ils suivront les prescriptions de fond et de forme de la législation française, tout en respectant aussi les règles de forme de la loi belge, pays de leur résidence.

La qualification d'une exigence légale comme règle de fond ou comme règle de forme est parfois problématique.

Le recours obligatoire à l'acte notarié, imposé par l'article 2.3.6 du Code civil, peut être tenu pour une exigence de forme, laquelle s'impose dès que la loi belge est la loi du nouveau régime choisi ou que les époux résident en Belgique.

L'exigence imposée jadis par la loi belge d'une homologation judiciaire, toujours en vigueur en France¹⁸, a été tenue pour une règle de fond par la Cour d'appel de Mons¹⁹.

La qualification de l'exigence formulée par l'article 2.3.8, § 2, du Code civil est plus difficile. La règle impose un inventaire préalable de tous les biens meubles et immeubles et des dettes des époux « lorsque la modification du régime matrimonial entraîne la liquidation du régime préexistant ». J.-L. Van Boxstael estime qu'il s'agit d'une exigence de fond qui s'impose quand la loi belge est choisie²⁰.

Si cette qualification comme règle de fond peut être retenue, l'affirmation de cet auteur nous paraît trop générale. On peut le suivre lorsque les époux décident de ne pas donner un caractère rétroactif à la modification de leur régime.

Par contre, lorsque la loi belge est choisie avec effet rétroactif, la liquidation du régime antérieur ne s'impose pas dans tous les cas. Le plus souvent, elle serait même en contradiction avec l'effet rétroactif du choix de loi, comme nous l'avons observé au chapitre précédent.

¹⁸ À la demande des enfants ou des créanciers (art. 1397 du Code civil français).

¹⁹ 15 juin 2009, *Rec. gén. enr. not.*, 2009, n° 26106, note V. VANDERCAM et V. LELUBRE ; réformant une décision du Trib. civ. de Tournai, 30 janvier 2009, *Rev. not.*, 2009, p. 334, obs. J.-L. VAN BOXSTAEL.

²⁰ J.-L. VAN BOXSTAEL, *Tapas de droit notarial 2022, op. cit.*, p. 84.

Il n'y a pas lieu à notre avis d'imposer le prescrit de l'article 2.3.8, § 2, du Code civil à une hypothèse que cette disposition ne prévoit pas, en l'occurrence le changement rétroactif de loi applicable.

Le législateur belge n'a édicté aucune prescription de fond pour régir cet acte portant modification rétroactive de la loi applicable. Il est vrai que cet acte n'est pas envisageable dans le cadre du droit interne belge. Le Code civil belge ne le permet pas. La possibilité d'établir cet acte dérive du droit international, plus particulièrement du règlement Régimes matrimoniaux.

Certes, le législateur belge pourrait imposer des règles de fond ou des règles de forme supplémentaires. Il pourrait ordonner, par exemple, que le changement rétroactif de droit applicable soit précédé d'un inventaire. Force est de constater qu'il ne l'a pas fait à l'occasion des réformes récentes de la matière.

Cette conclusion peut paraître déroutante pour les praticiens. Elle se déduit logiquement de la règle claire portée par cet instrument international que constitue le règlement Régimes matrimoniaux.

BAIL À FERME : LE CONGÉ POUR VENDRE, UNE INNOVATION INTÉRESSANTE DU DÉCRET WALLON DU 2 MAI 2019

Étienne BEGUIN

INTRODUCTION

Le décret wallon du 2 mai 2019 modifiant diverses législations en matière de bail à ferme avait pour objectif d'atteindre un nouvel équilibre entre les bailleurs et les preneurs¹.

Le bail à ferme était en effet souvent considéré comme un bail sans fin².

Pour essayer de relancer la mécanique du bail et d'encourager la conclusion de baux, spécialement en faveur des jeunes agriculteurs, le législateur wallon a apporté diverses modifications à la législation.

Il visait également à moderniser la législation et à lutter contre certains abus.

Parmi les modifications, on peut citer notamment :

- L'assimilation du cohabitant légal au conjoint ;
- La réforme de la procédure de congé ;
- L'exigence renforcée de l'écrit ;
- L'obligation d'établir un état des lieux ;
- La possibilité d'adopter des clauses environnementales ;
- La privation du droit de préemption des preneurs pensionnés, âgés de plus de 67 ans et n'ayant pas de repreneur ;
- La sanction effective de la sous-location ;
- La notification obligatoire des échanges de culture ;
- L'institution d'un bail de courte durée et d'un bail de fin de carrière ;
- La fin de la subrogation généralisée en cas d'aliénation du bien loué ;
- ...

Des incitants fiscaux ont également été introduits pour favoriser la conclusion de baux de longue durée et de carrière, spécialement en faveur des jeunes agriculteurs par le décret du 2 mai 2019 modifiant le Code des droits de succession et le

¹ Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., 1318 (2018-2019), n° 1, p. 3.

² P. RENIER, « Le bail à ferme, un bail sans fin ? », *J.L.M.B.*, 2002, p. 1455.

Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de soutenir la réforme du bail à ferme.

Parmi les mesures destinées à favoriser la conclusion de baux à ferme figure également la possibilité de prévoir un congé pour vendre.

Cette innovation permet au bailleur d'envisager la conclusion d'un bail à ferme, qui le liera sur le long, voire le très long terme, de manière plus sereine.

En effet, il pourra désormais se réserver la possibilité de donner congé pour vendre une partie du bien loué, libre d'occupation.

Cette faculté lui permettra en quelque sorte de garder « une poire pour la soif », un bien qu'il pourra vendre libre d'occupation pour faire face à ses besoins, à son souhait de disposer d'une somme d'argent pour un investissement, pour venir en aide à ses enfants, pour faire face à des besoins financiers personnels...

Cette possibilité pourra, le cas échéant, également être utilisée par les héritiers et légataires du bailleur.

Nous allons présenter les principes du régime applicable au congé pour vendre avant de proposer un modèle de clause à insérer dans les baux à ferme qui permettra au bailleur de se réserver cette faculté.

NOTION

L'article 6, § 4, des règles particulières aux baux à ferme permet au bailleur de donner congé pour vendre une parcelle, un bloc de parcelles ou une partie de parcelle agricole moyennant le respect des conditions prévues par la loi.

Cette faculté que le bailleur peut se réserver devrait favoriser la conclusion de baux à ferme, en permettant au bailleur de réaliser une partie des biens loués sans attendre le terme du bail³.

Conditions de forme et de fond (surface, mention dans le bail)

La possibilité de donner congé pour vendre est soumise au respect de conditions de fond et de forme.

1) L'IDENTIFICATION DANS UN ÉCRIT

La parcelle, le bloc de parcelles ou la partie de parcelle agricole pour laquelle le bailleur entend se réserver la possibilité de donner congé pour vendre doit être identifiée dans le contrat de bail.

³ G. GOISSE, « Les motifs de congé », in F. TAINMONT et É. BEGUIN (dir.), *Réforme du bail à ferme en Région wallonne : 30 ans après*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 120.

Cette exigence suppose que le bail ait été conclu par écrit.

Il n'est en effet pas possible de rapporter la preuve que le bailleur s'est réservé cette possibilité s'il s'agit d'un bail verbal.

On réservera cependant l'hypothèse dans laquelle le bail a été établi aux termes d'un jugement, conformément à l'article 3, § 1^{er}, qui permet au juge de contraindre les parties à dresser, compléter ou signer une convention écrite et, à défaut, de rendre un jugement valant bail à ferme.

Le texte précise que « La compétence du juge est limitée par l'existence préalable d'un contrat oral entre les parties ».

La preuve de l'accord des parties sur la réserve d'un congé pour vendre pourra être établie par tous modes de preuve.

On peut penser notamment à un échange de mail ou de sms entre les parties, dans le cadre de négociations préalables à la conclusion d'un bail à ferme.

2) LA SUPERFICIE

Cette parcelle doit présenter une superficie maximale de 2 hectares ou de maximum 10 % d'un ensemble de parcelles d'un seul tenant faisant partie d'un même bail entre le même bailleur et le même preneur.

Il en résulte que la possibilité de donner congé pourra dès lors s'appliquer à tout ou partie d'une parcelle.

Si la parcelle a une superficie de 2 hectares maximum, elle pourra porter sur l'ensemble de la parcelle. À cet égard, il importe peu que cette parcelle soit constituée de plusieurs parcelles cadastrales. La notion de parcelle vise une entité géographique et non une parcelle cadastrale.

Observons que cette faculté pourra ainsi éventuellement porter sur l'ensemble du bien loué, si celui-ci a une superficie de maximum 2 hectares.

Si la parcelle a une surface supérieure à deux hectares, cette possibilité pourra porter sur une superficie de maximum 10 % d'un ensemble de parcelles d'un seul tenant faisant partie d'un même bail entre le même bailleur et le même preneur. Dans ce cas, la superficie de la parcelle pourra être supérieure à 2 hectares. Ainsi, si l'ensemble dont fait partie la parcelle a une surface de 50 hectares, le congé pourra porter sur une surface de 5 ha. Il est cependant requis que cet ensemble fasse l'objet d'un même bail⁴.

⁴ Sur ce point, voy. Cass. (1^{re} ch.), 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 2026 ; *T. Not.*, 2005, p. 641 ; *Rev. dr. rur.*, 2005, p. 9 ; *CEL*, 2000, doss. n° 4324-4325, p. 614 et s. ; E. STASSIJNS, *Pacht*, coll. *A.P.R.*, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, p. 532, n° 515.

La parcelle pour laquelle le congé est donné devra être d'un seul tenant. Le bailleur ne pourra pas se réserver cette possibilité pour deux parcelles qui ne forment pas un ensemble, et ce, même si la surface de ces parcelles est inférieure à deux hectares. Il ne sera pas possible de réserver cette faculté pour deux parcelles d'un hectare chacune, non attenantes.

3) UN BAIL EN COURS DEPUIS AU MOINS TROIS ANS

Le preneur doit avoir bénéficié du bail portant sur la parcelle durant au moins trois ans au moment du congé donné par le bailleur.

En d'autres termes, le congé ne pourra pas être donné au cours des trois premières années du bail.

Congé : motif, objet, forme, mentions, durée de validité, durée du préavis, péremption, contestation

Motif

Le congé ne peut être donné que pour vendre, à l'exclusion d'autres formes d'aliénation. En effet, le texte vise expressément la vente.

Cette faculté ne trouvera dès lors pas à s'appliquer à d'autres modes d'aliénation, comme la donation ou l'apport en société, contrairement à la faculté prévue par l'article 8, § 2, en matière de bail de longue durée qui autorise le bailleur, au terme du bail, à mettre fin à tout ou partie du bail en vue d'aliéner les biens.

Objet

Le congé pour vendre ne pourra être donné que pour une parcelle d'une superficie maximale de 2 hectares ou de maximum 10 % d'un ensemble de parcelles d'un seul tenant.

Cette faculté ne pourra être invoquée qu'une seule fois pour un bail conclu entre un bailleur et un preneur.

Par contre, une telle possibilité pourra être prévue dans différents baux conclus par le même bailleur avec différents preneurs, pour autant que les conditions requises soient remplies dans chacun des baux.

On peut se poser la question de savoir si elle pourrait être envisagée en cas de conclusion de plusieurs baux entre le même bailleur et le même preneur.

Si l'on s'en tient aux termes de la loi, la restriction ne concerne que la conclusion « d'un même bail entre le même bailleur et le même preneur ».

Il faut évidemment réserver la simulation.

Il ne semble pas possible de scinder artificiellement la location de diverses parcelles en plusieurs baux.

Par contre, si un bailleur possède plusieurs blocs de terres, il ne lui est pas interdit de prévoir la faculté de donner congé pour vendre pour la location d'un premier bloc de 10 hectares, devenus libres d'occupation, et de prévoir également cette faculté lors de la mise en location des 10 autres hectares devenus libres d'occupation suite à l'arrêt de l'activité d'un autre agriculteur, survenu quelques années plus tard.

En effet, il s'agit de deux baux distincts, qui peuvent tous deux prévoir cette faculté⁵.

Forme

Conformément à l'article 12, § 1^{er}, le congé devra, à peine de nullité, être donné suivant les formes prévues à l'article 57.

Il prendra dès lors la forme d'un exploit d'huissier de justice ou d'un envoi⁶.

Mentions

Le congé donné au preneur doit indiquer clairement le motif précis pour lequel il est donné et contenir l'identification de la parcelle visée par la vente (art. 12, § 1^{er}).

Le congé devra dès lors mentionner qu'il est donné pour vendre.

Durée de validité

Le congé a une durée de validité limitée à deux ans à dater de sa notification. Si la vente de la parcelle n'est pas intervenue dans ce délai, le congé est considéré comme caduc.

⁵ Sur cette question, *cf. supra*.

⁶ Conformément à l'article 2^{ter}, l'envoi peut revêtir l'une des formes suivantes :
1° le courriel daté et signé ;
2° le recommandé postal ;
3° les envois par des sociétés privées contre accusé de réception ;
4° le dépôt d'un acte contre récépissé.

Rien n'empêchera le bailleur de donner un nouveau congé, immédiatement après l'expiration du délai de validité du congé.

La loi n'a pas prévu de période de carence, comme c'est le cas, par exemple, lorsque le bailleur a notifié au preneur son intention d'aliéner un droit réel pour rendre inopposable toute cession privilégiée pendant une période de 9 mois (art. 36). Mais, les situations ne sont pas comparables.

Par contre, si le congé a été déclaré irrégulier ou non fondé, un nouveau congé ne peut être donné pour quelque motif que ce soit avant un an au moins à dater de l'envoi du congé déclaré irrégulier en la forme. Ce délai est porté à trois ans si la validation du congé est refusée par le juge pour manque de fondement du motif invoqué.

On observera que si le bail fait l'objet d'un renouvellement, à la suite d'une cession privilégiée, le bailleur pourra toujours invoquer ce motif de congé dans la mesure où l'article 35 dispose que les autres conditions du bail sont maintenues.

Durée du préavis

L'article 11, 1/1, dispose que le congé pour vendre est notifié au moins six mois avant la vente.

Mais, il ne sort ses effets qu'au jour de la transcription de l'acte authentique de vente⁷.

Comme de coutume, ce délai est toutefois prolongé pour permettre au preneur d'enlever la récolte croissante.

Il en résulte que si le vendeur a un projet de vente, il devra envoyer le congé six mois avant la vente.

La notion de vente vise l'acte authentique.

Il n'est dès lors pas exclu de conclure un compromis avant l'expiration du délai de six mois suivant le congé.

Afin que le preneur en soit informé, il conviendra bien évidemment que le vendeur ou l'acquéreur porte la date de la transcription de la vente à la connaissance du preneur.

⁷ Observons que si la vente a été conclue par acte sous signature privée, le congé ne pourra sortir ses effets, à défaut de transcription.

Préemption

Si la vente de la parcelle n'est pas intervenue dans un délai de deux ans à dater de la notification du congé, le congé sera caduc.

Un nouveau congé pourra néanmoins être donné à l'expiration de ce délai.

Contestation

Le preneur qui conteste le congé doit saisir le juge de paix dans les trois mois de la notification du congé.

À défaut, conformément à l'article 12, § 4, de la loi, le congé donné par le bailleur pour vendre et qui respecte les formes et délais prévus par la loi, est valable.

Il convient de rappeler que l'introduction de l'action devra être précédée d'un appel en conciliation conformément à l'article 1345 du Code judiciaire qui dispose qu'« aucune action en matière de bail à ferme, en matière de droit de préemption en faveur des preneurs de biens ruraux [...] ne peut être admise sans qu'au préalable le demandeur n'ait demandé au juge par écrit ou verbalement de faire appeler le futur défendeur en conciliation ».

Droit de préemption

Conformément au texte de l'article 6, § 4 *in fine*, en cas de vente du bien ayant fait l'objet d'un congé pour vendre, le droit de préemption du preneur prévu à l'article 47 s'applique.

Lors de la vente intervenant suite au congé donné pour vendre, le preneur conservera son droit de préemption.

Modèle de clause relative au congé pour vendre

« Conformément à l'article 6, § 4, de la loi sur le bail à ferme et par dérogation à l'article 4, le bailleur se réserve le droit de donner congé en vue de procéder à la vente de la parcelle / du bloc de parcelles / de la partie de parcelle agricole, suivante :

Commune de \$ – \$° division :

– Une terre cadastrée ou l'ayant été section \$, numéro \$, pour une contenance de \$⁸.

⁸ La parcelle agricole doit être identifiée dans le contrat de bail.

Note : cette parcelle agricole aura une superficie maximum de deux hectares ou ne représentera pas plus de dix pourcents d'un ensemble de parcelles d'un seul tenant faisant partie d'un même bail entre le même bailleur et le même preneur.

Ce congé ne pourra être donné au cours des trois premières années du bail.

Le bail sera résilié au jour de la transcription de l'acte authentique de vente, dont le bailleur informera le preneur. Le bail se poursuivra, le cas échéant, pour permettre au preneur l'enlèvement de la récolte croissante.

Le bail se poursuivra sur les autres biens faisant l'objet du présent bail. Le montant du fermage sera adapté pour tenir compte de la diminution de la superficie louée.

Le preneur conservera son droit de préemption en cas de vente de la ou des parcelles prédécrites. »

Modèle de lettre de congé

Fore : exploit d'huissier de justice, courriel daté et signé, recommandé postal, envois par des sociétés privées contre accusé de réception, le dépôt contre récépissé (art. 2^{ter} et 57)

« Chère Madame, cher Monsieur,

Une convention de bail à ferme relative aux biens ci-après décrits nous lie depuis \$.

Je/Nous vous donne/donnons congé pour le \$, respectant ainsi le délai légal de 6 mois.

Il est justifié par notre intention de procéder à la vente des parcelles ci-après décrites :

Commune de \$ – \$^e division :

– ne terre cadastrée ou l'ayant été section \$, numéro \$, pour une contenance de \$.

Pour me/nous conformer au prescrit légal, je/nous porte/portons à votre connaissance que si vous contestez ce congé, en ce compris les motifs invoqués, il vous appartient de saisir le juge de paix compétent dans les trois mois de la notification du congé.

À défaut de contestation dans ce délai, le présent congé sera valable.

La présente vous est adressée par pli recommandé (ou un autre mode autorisé par la loi (*cf. supra*)).

Veillez agréer, chère Madame, cher Monsieur, l'expression de mes/nos sentiments distingués. »

SCHEIDING VAN GOEDEREN: EEN MIDDEL TOT FISCALE ONRECHTVAARDIGHEID?

Frank BUYSSENS

1. Naar aanleiding van het eeuwfeest van het Comité voor Studie en Wetgeving past het om even stil te staan bij een merkwaardige evolutie die het stelsel van scheiding van goederen doorheen de jaren heen heeft doorgemaakt. Van een vanuit burgerrechtelijk oogpunt te mijden stelsel is het verschoven naar een bijzonder geschikt vehikel om aan (fiscale) vermogensplanning te doen. Het Comité voor Studie en Wetgeving heeft zich over de mogelijkheden die het stelsel der scheiding van goederen biedt onder meer gebogen in het kader van de dossiers 4440 (huwelijksvoordelen in een stelsel van scheiding van goederen) en 6403 (inbreng in onverdeeldheid, aangevuld met een verblijvingsbeding).

2. In de aanloop naar de belangwekkend hervorming van het huwelijksvermogensrecht door de wet van 22 juli 2018 werden – zoals gebruikelijk bij grote hervormingen – zowel via officiële, als niet-officiële weg tal van pogingen ondernomen om de wetgever te beïnvloeden. Een van de hoofdlijnen in de diverse tussenkomsten en pleidooien was de soms felle kritiek op het stelsel van zuivere scheiding van goederen. De vraag werd zelfs gesteld of de zuivere scheiding van goederen niet gewoon verboden moest worden¹. De zgn. koude uitsluiting, waartoe een scheiding van goederen kan leiden, werd als een af te wijzen en bij voorkeur zelfs af te schaffen systeem aangezien omdat het in geval van echtscheiding tot drama's aanleiding geeft, waarbij vooral vrouwen het slachtoffer zijn². Vooral de niet-participatie in de vermogensaanwas tijdens het huwelijk was hierbij het voorwerp van kritiek. Ook het feit dat het stelsel van scheiding van goederen zonder correctiemechanisme voor velen kon fungeren als een soort van “*divorce protection*”, die hun toelaat om bij echtscheiding zoveel mogelijk vermogen privé te houden, werd bekritiseerd³. Om hieraan te remediëren werd in de aanloop naar de hervorming gepleit voor een dwingend participatierecht in de aanwinsten. Het huwelijk – en bij uitbreiding – elke relatievorm, is, behoudens tegenbewijs, immers verbonden aan de vorming van een vermogen van aanwinsten: het huwelijk (en elke duurzame relatie) is een economische associatie, waarbij een koppel aan vermogensopbouw doet⁴. Het is hierbij irrelevant

¹ A. VERBEKE, “Zuivere scheiding van goederen verbieden”, *AJT* 2001-02, 671; A. VERBEKE, “Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak”, *TEP* 2010, 110-111, nrs. 184-185.

² Ch. DECLERCK, “Koude uitsluiting: hervormen of afschaffen?”, *TFam.* 2012, 30; A. VERBEKE, “Zuivere scheiding van goederen verbieden”, *AJT* 2001-02, 671.

³ A. VERBEKE, “Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak”, *TEP* 2010, 109.

⁴ Y.H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Brussel, Larcier, 2015, 26-27, nr. 7.

hoe de bijdrage geleverd wordt: dit kan zowel gebeuren door zelf beroepsactief te zijn en een inkomen te genereren, als door participatie aan het beroep van de andere partner, dan wel door het opnemen van huishoudelijke taken of een combinatie van beide voorgaande technieken.

3. Gelukkig is de wetgever niet gezwicht voor het o.i. niet steeds even genuanceerde pleidooi voor een gedwongen participatieregeling bij scheiding van goederen. Dit zou ertoe geleid hebben dat het Belgisch huwelijksvermogensrecht voor een groot aantal mensen geen geschikt relatievermogensstelsel meer zou kunnen aanbieden. Men moet in het huwelijk of een andere wettelijk geregelde samenlevingsvorm kunnen stappen zonder dat hieraan verplichte consequenties op het vlak van de verdeling van de vermogensaanwinst gekoppeld worden.

Bijkomend komt het ons voor dat het niet de taak van de wetgever is om, onder het mom van welke argumentatie dan ook, een deel van de koppels onder een wellicht goedbedoelde curatele te plaatsen. Een clichématige voorstelling van de feiten dient met klem te worden afgewezen. Zij kan een stelling weliswaar aan populariteit doen winnen bij een deel van het grote publiek, maar voor het overige doet zij elke zin voor nuance en de aandacht voor de essentie van de problematiek verdwijnen.

4. Omdat de wetgever van oordeel was dat het gebrek aan wettelijke regeling ertoe leidde dat veel rechtspractici weigerachtig stonden tegenover de opname van een correctiemechanisme in de huwelijksvereenkomst⁵, werd met de wet van 22 juli 2018 beslist om aan het reeds in de praktijk gehanteerde verrekenbeding van de tijdens het huwelijk opgebouwde aanwinsten niet enkel een wettelijke grondslag te verlenen (art. 2.3.64, § 1 BW [oud art. 1469, § 1 BW]), maar tegelijkertijd te voorzien in een volledig uitgewerkte regeling in de artikelen 2.3.65 tot. 2.3.77 BW (oude art. 1469, § 2 en 1469/1 tot en met 1469/13 BW)⁶. De echtgenoten die een verrekening van de aanwinsten wensen, kunnen thans gewoon verwijzen naar de nieuwe wettelijke bepalingen (art. 2.3.64, § 2, eerste lid BW⁷) (al noopt het wettelijk model er nochtans zelf toe om ervan af te wijken⁸) of een eigen systeem kiezen (art. 2.3.64, § 2, tweede lid BW). Geheel in lijn met deze bezorgdheid wenste de federale wetgever ook te vermijden dat een verrekenbeding een herkwalficatie als schenking zou moeten ondergaan. Te dien einde werd gepoogd een einde te maken aan de discussie over de toepassing van de leer van de huwelijksvoordelen in stelsels van scheiding van goederen: artikel 2.3.64, § 1, vierde lid BW (dat oud art. 1469, § 1 BW herneemt) verklaart

⁵ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat het huwelijksvermogensrecht betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2848/1, 24.

⁶ Ch. DECLERCK, “De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018”, *T.Fam.* 2018, (228) 244-249, nr. 67-87.

⁷ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Huwelijksvoordelen in een stelsel van scheiding van goederen”, *TEP* 2020, 14-78.

⁸ Ch. DECLERCK, “De hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Commentaar bij de wet van 22 juli 2018”, *T.Fam.* 2018, (228) 244.

de artikelen 2.3.57 tot 2.3.60 BW van overeenkomstige toepassing op alle bedingen die de echtgenoten hebben toegevoegd aan hun scheiding van goederen. In de rechtsleer zijn er evenwel ook stemmen die een minder algemene strekking verlenen aan artikel 2.3.64, § 1, vierde lid BW en die een doorgeefmechanisme (zoals bv. een toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen, een verrekenbeding of een georganiseerde onverdeeldheid) vereisen⁹. Op deze discussie wordt in onderhavige bijdrage niet ingegaan.

5. De nobele doelstelling van de wetgever om verrekeningen te promoten en alzo de scheiding van goederen rechtvaardiger te maken, werd echter gefnuikt door de (Vlaamse) fiscale behandeling ervan. Bij decreet van 8 december 2017¹⁰ werd door de Vlaamse decreetgever immers een nieuw artikel 2.7.3.2.14 VCF ingevoerd: de verrekenschuld die ingevolge het verrekenbeding ontstaat, wordt in de nalatenschap van de eerststervende niet beschouwd als een aftrekbaar passiefbestanddeel. Omgekeerd zal de verrekenvordering – als deze nog bestaat bij het overlijden van de langstlevende – niet beschouwd worden als een belastbaar actief, maar in de hypothese dat de verrekenschuld na het eerste overlijden werd betaald aan de langstlevende en – wat doorgaans het geval is – niet door de langstlevende werd verbruikt, zal datgene wat hiervan rest bij het overlijden van de langstlevende wel belast worden. In de hypothese dat de echtgenoten in hun huwelijkse voorwaarden een verrekenbeding 100/0 hebben opgenomen, is het theoretisch zelfs mogelijk dat er erfbelasting betaald moet worden op 200, terwijl er eigenlijk maar 100 is¹¹. Het was de bedoeling van de decreetgever om het verschil in behandeling tussen verblijvingsbedingen en finale verrekenbedingen weg te werken, maar deze doelstelling werd helemaal niet bereikt. T.a.v. verrekenbedingen heeft het kerstdecreet van 8 december 2017 een onmiskenbaar belastingverhogend effect en leidt het in een aantal gevallen zelfs tot dubbele belasting¹².

6. Dit alles maakt dat het door de federale wetgever bepleite verrekenbeding dankzij de Vlaamse decreetgever een fiscaal potentieel bijzonder nadelige constructie is en dat de notaris zich in het kader van zijn door de Wet Huwelijksvermogensrecht van 22 juli 2018 uitgebreide informatieplicht (art. 2.3.64, § 3 BW [oud art. 1469, § 3 BW]) niet in de meest comfortabele positie bevindt. Hij loopt

⁹ J. TAYMANS en F. TAINMONT, “Avantages matrimoniaux et separation de biens: une autre interprétation de l’article 1469, § 1, 4e alinéa du code civil”, *Rev.not.b.* 2020, 849-864.

¹⁰ Decr.VI. 8 december 2017 houdende bepalingen tot verdere regeling van de invordering van niet-fiscale schuldvorderingen voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest en de instellingen die eronder ressorteren, diverse fiscale bepalingen, en de overname van de dienst voor de belasting op spelen en weddenschappen, de automatische ontspanningstoestellen en de openingsbelasting op slijterijen van gegiste dranken, *BS* 14 december 2017.

¹¹ Deze hypothese kan zich voordoen wanneer alle aanwinsten op naam van één van de echtgenoten staan, deze echtgenoot al eerste overlijdt, en vervolgens de langstlevende weinig tot niets “opleeft” van deze aanwinsten. Bij het eerste overlijden wordt 100 belast en diezelfde 100 wordt dan een tweede maal belast bij het overlijden van de langstlevende.

¹² F. BUYSENS, “Verrekenbedingen: weten we eigenlijk wel waar we heen willen?”, *T.Fam.* 2018, 226-227.

immers het risico om steeds een slecht advies te geven: een burgerrechtelijke rechtvaardige constructie is een fiscaalrechtelijk gevaar, waarvan de draagwijdte op het moment van de redactie van de huwelijksovereenkomst zelfs helemaal niet in te schatten is.

7. Omwille van de fiscaal ongelukkige behandeling van verrekenbedingen werd in de rechtsleer een nieuwe techniek uitgewerkt: aan het stelsel van scheiding van goederen wordt door de echtgenoten in de huwelijkse voorwaarden een *verdelingsbeding m.b.t. de onverdeelde goederen* toegevoegd. De echtgenoten kunnen hierbij elk beding opnemen dat in een gemeenschapsstelsel kan worden voorzien voor de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen¹³. Dergelijk beding is volgens Casman en Verbeke een huwelijksvoordeel aangezien artikel 2.3.64, § 1, vierde lid BW (oud art. 1469, § 1, vierde lid BW) het uitdrukkelijk zo bepaalt en voor zover het een geïntegreerd onderdeel van het stelsel uitmaakt¹⁴. Voor zover het beding binnen de grenzen van artikelen 2.3.57, eerste lid en 2.3.58 BW blijft, zal het ook reservebestendig zijn. Op fiscaal vlak valt het niet onder artikel 2.7.1.0.4 VCF omdat dit enkel toepassing vindt als het huwelijksvoordeel betrekking heeft op een gemeenschap.

Indien het huwelijksvoordeel onverdeelde onroerende goederen betreft, dan zal de uitwerking van het verblijvingsbeding aanleiding geven tot heffing van het verdeelrecht.

Indien het huwelijksvoordeel betrekking heeft op onverdeelde roerende goederen, dan zal de uitwerking van het beding geen aanleiding geven tot enige taxatie. Aldus wordt een verblijvingsbeding (of keuzebeding) m.b.t. de onverdeelde roerende goederen een zeer interessant instrument van successieplanning.

8. In een voorafgaande beslissing nr. 19053 *de dato* 21 oktober 2019 oordeelde de Vlaamse Belastingdienst dat er bij voormelde constructie geen sprake is van fiscaal misbruik, omdat de echtgenoten een huwelijksvermogensrechtelijke regeling beogen, die zij via een verrekenbeding niet op dezelfde wijze kunnen bekomen. Als de echtgenoten een onroerend goed, dat toebehoort aan één van hen, onverdeeld wensen te maken, dient er evenwel rekening mee gehouden te worden dat er, ingevolge de inbreng in een onverdeeldheid, hierop het verkooprecht verschuldigd zal zijn overeenkomstig artikel 2.9.1.0.1 VCF voor het Vlaamse Gewest en artikel 44 W.Reg. voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en het Waalse Gewest. Daar waar een inbreng in een gemeenschappelijk vermogen (of toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen) enkel aanleiding geeft tot heffing van het vast recht, kan deze redenering volgens de belasting-

¹³ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “De vierde piste. De huwelijksvoordelen met betrekking tot onverdeelde goederen in een scheiding van goederen: een nuttig alternatief voor het verblijvingsbeding in een gemeenschapsstelsel, voor het finaal verrekenbeding in een scheiding van goederen, en voor het beding van aanwas tussen echtgenoten”, *Notariaat* 2020, 4.

¹⁴ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Het toekenningsbeding bij scheiding van goederen”, *TEP* 2022, p. 3, nr. 2.

dienst niet worden geëxtrapoleerd naar een inbreng in een onverdeeltheid. Bij de toedeling aan de langstlevende echtgenoot (op het ogenblik van de eerststervende) zal er volgens Vlabel verkooprecht verschuldigd zijn op de helft als de echtgenoot-niet-inbrenger de langstlevende is, en verdeelrecht op de geheelheid als de echtgenoot-inbrenger de langstlevende is.

Deze fiscale behandeling maakt dat de toevoeging van een huwelijksvoordeel m.b.t. de onroerende goederen in de meerderheid van de gevallen niet of minder interessant zal zijn. Voor roerende goederen geldt evenwel het tegenovergestelde.

9. Een *toekenningsbeding* is een beding waarmee de echtgenoten goederen, die hun exclusief toebehoren, in geval van overlijden toekennen aan de langstlevende. Het beding kan al dan niet optioneel bedongen worden. Het verschil met het hiervoor aangehaalde verblijvingsbeding betreffende de onverdeelde goederen is dat het toekenningsbeding enkel goederen betreft die exclusief aan elk van de echtgenoten toebehoren. Het voordeel dat hierdoor aan de langstlevende wordt toegekend, kwalificeert als een huwelijksvoordeel, doch met inachtnaam van de plafonds van de artikelen 2.3.57, eerste lid en 2.3.58 BW. Opdat de kwalificatie als huwelijksvoordeel behouden kan blijven, is vereist dat het toekenningsbeding opgenomen is in de huwelijksovereenkomst, maar ook dat het geïntegreerd is in het huwelijksstelsel zelf¹⁵. Omdat de goederen die onder het toekenningsbeding vallen tijdens het huwelijk onder de volledig vrije beschikkingsbevoegdheid van de echtgenoot-eigenaar zelf vallen, suggereren Casman en Verbeke om steeds in een clause van zaakvervangings te voorzien. Bijkomend wordt aangeraden om duidelijk te vermelden of de langstlevende echtgenoot nog aanspraak kan maken op de waarde van deze goederen indien ze bij het overlijden van de echtgenoot-eigenaar niet meer *in natura* aanwezig zijn en geen zaakvervangings kan worden toegepast (bv. in de hypothese dat het goed weggeschonken werd of dat het verkocht werd om schulden te voldoen)¹⁶.

Volgens Casman en Verbeke is het voor de kwalificatie van een toekenningsbeding als huwelijksvoordeel geheel irrelevant of het een aanwinst, dan wel een niet-aanwinst betreft. De kwalificatie als huwelijksvoordeel wordt “opgehangen” aan het feit dat het als een geïntegreerd element van het huwelijksstelsel in de huwelijksovereenkomst is opgenomen. Alleen voor de mate van inkortbaarheid is het relevant of het om een aanwinst, dan wel om een niet-aanwinst gaat¹⁷.

¹⁵ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Het toekenningsbeding bij scheiding van goederen”, *TEP* 2022, p. 9-10, nrs. 18-22.

¹⁶ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Het toekenningsbeding bij scheiding van goederen”, *TEP* 2022, p. 10, nr. 22.

¹⁷ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Bedingen met betrekking tot goederen in exclusieve eigendom in een stelsel van scheiding van goederen: ook een huwelijksvoordeel?”, *TEP* 2920, p. 235-236, nrs. 15-17.

10. De Vlaamse Belastingdienst aanvaardt dat het voordeel dat voor één van de echtgenoten ontstaat uit een optioneel toekenningsbeding kwalificeert als een huwelijksvoordeel en heeft in voorafgaande beslissing nr. 22024 *d.d.* 12 september 2022¹⁸ ook bevestigd dat dit toekenningsbeding niet valt onder enige bepaling van de VCF inzake erfbelasting, noch kwalificeert als fiscaal misbruik. Enkel in de mate dat de echtgenoten hun onroerende goederen uitdrukkelijk buiten het toepassingsgebied van het toekenningsbeding hebben gehouden, kan Vlabel hierin een aanwijzing van fiscaal misbruik zien. Volgens Casman en Verbeke is dit niet terecht¹⁹.

11. Het is bevreemdend dat Vlabel de niet-belastbaarheid van een toekenningsbeding m.b.t. eigen roerende goederen zomaar aanvaardt omdat het huwelijksvermogensrechtelijk wordt verkregen, nl. als huwelijksvoordeel en niet als schenking. Het is evenzo bevreemdend dat men hierbij – in navolging van het door Casman en Verbeke bepleite standpunt – geen onderscheid maakt tussen aanwinsten en niet-aanwinsten. In de door Vlabel als onderbouw voor zijn beslissing weerhouden leer van de huwelijksvoordelen wordt nochtans wel een onderscheid gemaakt tussen aanwinsten en niet-aanwinsten. Het past om hierbij aan te stippen dat met de hercodificatie door de wet van 19 januari 2022 de term “schenking” niet verdwenen is uit de artikelen 2.3.55, § 1, tweede lid, 2.3.57, eerste lid en 2.3.58 BW (oude art. 1458, 1464 en 1465 BW).

12. Omdat de overdracht van een goed op grond van een toekenningsbeding een verkrijging is op grond van een overeenkomst onder de levenden, is wel registratierecht verschuldigd voor zover het om onroerende goederen gaat. In dit geval zal, aldus Vlabel, naargelang de gemaakte keuze hetzij het verdeelrecht, hetzij het verkooprecht van toepassing zijn. Aangezien het *in casu* steeds onroerende goederen betreft die exclusief aan één echtgenoot toebehoren, zal o.i. steeds het verkooprecht toegepast moeten worden en nooit het verdeelrecht.

13. Het past om even stil te staan bij het vraagstuk naar het al of niet voorliggen van *fiscaal misbruik*. In de aan het besluitvormingsorgaan van de Vlaamse Belastingdienst in het kader van de voorafgaande beslissing nr. 22042 voorgelegde casus betrof het een echtpaar dat het in zijn huwelijksvereenkomst opgenomen finaal en facultatief verrekenbeding wenste te vervangen door zowel een verblijvingsbeding, als een toekenningsbeding. Om de niet-fiscale motieven te onderbouwen werd onder meer aangehaald dat de zakenrechtelijke werking van het verblijvingsbeding en het toekenningsbeding te verkiezen is boven de louter verbintenisrechtelijke werking van een verrekenbeding. De langstlevende treedt vanaf de kennisgeving van zijn keuze en met uitwerking vanaf het overlijden in het bezit van de goederen waarvan de echtgenoten wensen dat de langstlevende er over kan beschikken. Voorts werd overwogen dat de echtgenoten de beoogde

¹⁸ Voorafg. Besl. nr. 22042, 12 september 2022, gepubliceerd op 12 oktober 2022.

¹⁹ H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Het toekenningsbeding bij scheiding van goederen”, *TEP* 2022, p. 15, nr. 34.

doelstelling niet op een andere wijze en met dezelfde civielrechtelijke gevolgen kunnen bereiken. Dit zou, volgens de betrokken vraagstellers, ook niet kunnen met een gemeenschapstelsel aangezien dit “niet aansluit bij de wensen en noden van de echtgenoten”. Deze wensen en noden worden dan omschreven als “het behoud van de vermogensrechtelijke autonomie en de bescherming tegen mekaars schuldeisers”.

14. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat dit toch wel een uiterst welwillende interpretatie van de Vlaamse Belastingdienst is. De betrokken echtgenoten waren gehuwd in 1978, hetzij 44 jaar vóór de datum van de voorafgaande beslissing. Het is geen onredelijke aanname om te veronderstellen dat het hier om zeventigers gaat. De beweerde vermogensrechtelijke autonomie en de bescherming tegen elkaars schuldeisers zijn niet meer, noch minder dan drog-motieven, waarvoor elke feitelijk grondslag ontbreekt. Waar het in essentie over gaat, is dat men eenvoudigweg wenst te ontsnappen aan eender welke fiscale taxatie m.b.t. de roerende goederen, hetgeen niet mogelijk is met een verrekenbeding, noch met enige andere techniek.

15. Dezelfde bedenkingen moeten worden gemaakt bij voorafgaande beslissing nr. 21018 *d.d.* 15 maart 2021. Deze casus betrof een koppel veertigers dat al meer dan twintig jaar een feitelijk samenwonend gezin met twee gemeenschappelijke kinderen vormde en dat in 2020 besloot om te huwen onder het stelsel der zuivere scheiding van goederen. In 2021 wensen zij hun huwelijkse voorwaarden aan te vullen met een beding van optionele toebedeling aan de langstlevende van de onverdeelde roerende en onroerende goederen en een optioneel beding van toebedeling van eigen goederen. Ook hier luidde de argumentatie dat er niet fiscale motieven waren, aangezien de echtgenoten beslist hadden om te huwen onder het stelsel van scheiding van goederen, “aangezien dit hun de nodige autonomie biedt inzake het beheer van hun goederen, alsook de nodige bescherming inzake verhaal van de schuldeisers. Tegelijk vinden de echtgenoten de bescherming van de langstlevende echtgenoot, zowel in geval van echtscheiding als in geval van overlijden belangrijk.”

16. Ook hier valt op hoezeer deze motivering een schijnvertoning inhoudt. De nodige autonomie inzake beheer van de goederen en de nodige bescherming inzake verhaal van de schuldeisers hadden ze ook al toen ze nog ongehuwd waren. Ook de bescherming van de langstlevende bij echtscheiding was afdoende verzekerd bij verderzetting van de feitelijke samenwoning. Waar het in feite over gaat, is dat het vaststaat dat er geen enkel ander systeem bestaat dat het mogelijk maakt om een zeer groot deel van het vermogen geheel belastingvrij te laten overgaan naar de langstlevende partner, dan het stelsel van scheiding van goederen met toevoeging van een beding betreffende de toebedeling van de onverdeelde goederen en een toekenningsbeding betreffende de eigen goederen. Ongeacht de wijze waarop men een en ander inkleedt of verwoordt, de essentie is dat men bij het overlijden zo weinig mogelijk en bij voorkeur zelfs geen enkele belasting wenst te betalen.

17. Dit alles stoot tegen de borst en is een aanfluiting van elke fiscale rechtvaardigheid. Het gaat hier niet over de vraag of successierechten/erfbelasting nu al dan niet rechtvaardig zijn. Het argument dat men al belasting betaald heeft over hetgeen vererfd wordt, is daarbij evenzo irrelevant. Het is trouwens onjuist.

Waar het wel over gaat, is het volgende. Onder verwijzing naar het cassatiearrest van 9 juli 1931²⁰ wordt gesteld dat aan de burgerrechtelijke kwalificatie dezelfde fiscale gevolgen moeten verbonden worden (als het burgerrechtelijk niet kwalificeert als een schenking, is het dat ook fiscaalrechtelijk niet). Waar de discussie over de toepasselijkheid van de leer van de huwelijksvoordelen op stelsel van scheiding van goederen met de Wet Huwelijksvermogensrecht van 22 juli 2018 beslecht is (al bestaat er nog wel discussie over de vraag in welke gevallen er sprake is van een huwelijksvoordeel bij een scheidingsstelsel) en er hierdoor een burgerrechtelijke gelijkheid tussen de verschillende huwelijksvermogensstelsel verwezenlijkt werd, is dit op fiscaal vlak totaal niet het geval. Dit alles is niet alleen hoogst inconsequent, het is bovenal bijzonder onrechtvaardig.

Van twee zaken één: als huwelijksvoordelen zowel gelden voor stelsels van scheiding van goederen als voor gemeenschapsstelsels, moet de fiscale behandeling van deze voordelen in beide stelsels gelijk zijn²¹. Argumenten als autonomie inzake beheer en bescherming tegen schuldeisers snijden geen hout. De clausules waaromtrent het hier gaat, hebben niets met deze argumenten te maken. Zij strekken er louter toe om de positie van de langstlevende te versterken en op het moment dat zij relevant worden, zijn argumenten zoals autonomie inzake beheer en bescherming tegen schuldeisers niet meer aan de orde. De burgerrechtelijke argumentatie dient enkel om de fiscale doelstelling te verdoezelen.

18. Er is nog een andere inconsequentie vast te stellen in de standpunten van de Vlaamse Belastingdienst. Inzake het vraagstuk van de wederzijdse schenking tussen echtgenoten en de voorafgaande uitbreng uit het gemeenschappelijk vermogen naar het eigen vermogen van de betrokken echtgenoten oordeelde de Vlaamse Belastingdienst in de voorafgaande beslissing nr. 16059 van 23 januari 2017 dat de uitbreng uit het gemeenschappelijk vermogen ertoe strekt om de overgang van gemeenschappelijke goederen bij overlijden te vermijden. Aldus wordt artikel 2.7.1.0.4 VCF “gefrustreerd”. Door de koppeling aan het beding van conventionele terugkeer wordt volgens Vlabel ook artikel 2.7.1.0.2 VCF gefrustreerd. Om de kwalificatie als fiscaal misbruik te vermijden zal men dan ook moeten aantonen dat de keuze voor de techniek van de wederzijdse schenking verantwoord wordt door andere dan fiscale motieven. Het feit dat men zich wil beschermen tegen “misbruiken van erfgenamen of derden” is hierbij – aldus Vlabel – onvoldoende, als men hetzelfde doel ook *op andere manieren* kan bereiken²².

²⁰ Cass. 9 juli 1931, *Pas.* 1931, I, 218.

²¹ F. BUYSENS, “Civielrechtelijke rechtvaardigheid en fiscale rechtvaardigheid. Blijkbaar niet hetzelfde”, *T.Fam.* 2020, 94-95.

²² Voorafg.Besl. nr. 16059, 23 januari 2017, gepubliceerd op 27 januari 2017.

Als het criterium dat de echtgenoten hetzelfde doel ook op andere manieren kunnen bereiken, getransponeerd wordt naar de casus van het laten toekomen van een zo groot mogelijk deel van het vermogen aan de langstlevende zonder dat de gemeenschappelijke kinderen hun reservebescherming hiertegen kunnen inroepen, dan moet worden vastgesteld dat men hetzelfde doel ook kan bereiken middels een huwelijk met een gemeenschapsstelsel. Ook hier zijn de huwelijksvoordelen binnen de door de artikelen 2.3.57 en 2.3.58 BW geschetste grenzen reserve-proof. Het enige verschil is uiteraard de fiscale behandeling, aangezien artikel 2.7.1.0.4 VCF/artikel 5 W.Succ., dat elk huwelijksvoordeel waarbij de langstlevende echtgenoot meer dan de helft van de gemeenschap verkrijgt, belast, geen toepassing vindt t.a.v. een stelsel van scheiding van goederen. Op burgerrechtelijk vlak kan men het argument van de autonomie inzake beheer en bescherming tegen schuldeisers aanhalen, maar dit zijn argumenten die in de overgrote meerderheid van de aan het oordeel van het besluitvormingsorgaan voorgelegde gevallen louter theoretisch zijn.

19. Een en ander leidt dan ook tot de vaststelling dat het stelsel van scheiding van goederen inmiddels een zeer interessant vehikel geworden is om aan fiscale optimalisatie te doen. Dit is intussen welbekend en notarissen krijgen geregeld vragen om een “nadelig” gemeenschapsstelsel om te vormen naar een stelsel van scheiding van goederen.

Het is zonder meer storend dat het argument van het doortrekken van burgerrechtelijke kwalificaties op fiscaal vlak blijkbaar maar in één richting geldt en dat de decreetgever het niet nodig acht om de gelijkstelling ook op fiscaal vlak in te voeren. Dit is eenvoudigweg onrechtvaardig. Ofwel wordt een gelijkaardig voordeel in beide huwelijksvermogensstelsels belast, ofwel wordt het in geen van beide stelsels belast. Indien de regel van strikte interpretatie van fiscale regelgeving een rechtvaardige toepassing van de fiscaliteit verhindert, dan moet de wetgeving aangepast worden. Zo werkt het nu eenmaal in een rechtstaat (of zou het toch moeten werken).

VERMOGENSPLANNING VOOR EEN KIND MET EEN MENTALE BEPERKING VIA EEN “INBRENG OM NIET” IN EEN BELGISCHE PRIVATE STICHTING

Dirk COVELIERS

INLEIDING: WAAROM KIEZEN VOOR EEN PRIVATE STICHTING VOOR KIND MET MENTALE BEPERKING?

1. Ouders met een kind met een mentale beperking (ook “zorgkind” genoemd), dat niet in staat is om een normale broodwinning te hebben en zelf zijn financiële situatie te beheren, streven naar een successieplanning waardoor het kind kan rekenen op een goede levenskwaliteit en verzorging/financiële voorzieningen na hun overlijden. Daarbij wordt ook nog getracht om die zo te organiseren dat het kind niet gesanctioneerd wordt op fiscaal vlak.

De ouders zoeken hiervoor naar de juiste beschermingsstructuur. Sommigen verkiezen klassieke oplossingen zoals een planning met restlegaat, restschenking of schenking met last.

Anderen verkiezen om te werken met een controlestructuur zoals een maatschap of een Belgische private stichting.

2. Uit heel dit gamma biedt de Belgische private stichting de meeste bescherming voor het kind en gemoedsrust voor de ouders¹.

Een private stichting geeft namelijk een passend antwoord op het probleem van beheer van het vermogen. De ouders beslissen zelf wie de stichting en dus het vermogen beheert. Dit gebeurt door een raad van bestuur, die uit minimum één bestuurder bestaat. In de praktijk wordt voor een stichting voor een onbekwame beter gekozen voor meerdere bestuurders waardoor er een intern controlestelsel bestaat bij het nemen van beslissingen. Zo kunnen in eerste instantie de ouders met een ander familielid of persoon die voeling heeft met het kind als bestuurders voor het beheer van het vermogen zorgen. De stichter kan ook in een gedetailleerde procedure voorzien om de bestuurders te benoemen en kan daarbij aangeven hoe en binnen welke categorie personen de bestuurders gekozen moeten worden.

¹ D. COVELIERS, *De private stichting als vehikel voor een vermogensplanning voor een kind met een mentale beperking*, NNK 2014-4, blz. 3 e.v.; J. VERSTRAETE, “Naar een beter bruikbare private stichting voor personen met een beperking” in *Liber Amicorum Rik Deblauwe*, KnopsPublishing, 2018, blz. 887 e.v.

3. Het belangrijkste verschilpunt met een maatschap is dat er bij ontbinding van de private stichting controle uitgeoefend wordt door de (ondernemings-) rechtbank over de bestemming van de goederen van de stichting. Dergelijke rechterlijke controle ontbreekt totaal bij de ontbinding van een maatschap en geeft een bijkomende gemoedrust aan de ouders.

4. De Belgische private stichting geeft nieuwe opportuniteiten², maar kende een moeizame start³, onder meer door de onduidelijke betekenis van het belangeloos doel waaraan een stichting moet beantwoorden. Sinds 2010 zijn er een aantal fiscale rulings gepubliceerd over het gebruik van de private stichting ter bescherming van een onbekwaam kind en om in zijn financiële behoeften te voorzien. Die bevestigden dat uitkeringen besloten door de raad van bestuur in het kader van het belangeloos doel, niet beschouwd kunnen worden als uitkeringen ingevolge een beding ten behoeve van een derde voor erfbelasting. Verder heeft de wet van 2013 op de eenmaking van de beschermingsstatuten⁴ een nieuwe wending gegeven aan de inschakeling van dit vehikel voor onbekwame personen.

5. De inschakeling van de Belgische private stichting is in de eerste plaats een buitengerechtelijke oplossing. Het is met andere woorden een privé-initiatief waardoor het kind niet noodzakelijk onder bewind geplaatst moet worden. Hierdoor behoudt het kind in principe zijn juridische bekwaamheden en vermijdt men inmengingen van een (mogelijk vreemde) derde in het beheer van de goederen van de familie en van de vrederechter die jaarlijks om een verslag van o.m. alle uitgaven voor het kind vraagt.

De opgerichte private stichting kan ook benoemd worden als bewindvoerder. Dit is geen verplichting maar een mogelijkheid. De private stichting kan dus ook als een rechterlijke maatregel het vermogen en de persoon van het zorgkind beschermen.

6. Ten slotte zijn er ook gebruiksmogelijkheden bijgekomen op basis van de nieuwe definitie van de Belgische private stichting in het WVV⁵ en heeft de afschaffing van de kaasroute menig fiscalist aangezet tot een zoektocht naar alternatieve fiscale planningstechnieken met dit vehikel.

7. In deze bijdrage wordt dieper ingegaan op het gebruik van de techniek van “inbreng om niet” in een private stichting.

² L. WEYTS, “De Private stichting, een nieuwe uitdaging voor het notariaat”, *T.Not.* 2004, p. 88 e.v.

³ Zie o.m. A. VAN DEN BOSSCHE en D. COVELIERS, “De Belgische private stichting herbekeken” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2010*, blz. 299-322.

⁴ Wet 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, *BS* 14 juni 2013.

⁵ Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen, zoals ingevoerd bij wet van 23 maart 2019, *BS* 4 april 2019.

LATERE VERERVING DOOR (GEZONDE) BROERS EN ZUSSEN VAN HET ZOR GKIND

8. Wanneer de ouders-oprichters van de stichting meerdere kinderen hebben, dan wensen zij doorgaans dat de tegoeden van de stichting bij de ontbinding ervan kunnen toekomen aan de andere kinderen (en/of eventueel de kleinkinderen).

9. Aanvankelijk werd gevreesd dat hierop het hogere tarief erfbelasting tussen broers en zussen van toepassing zou zijn. Hierop werd een tijdje geleden al soelaas geboden door een ruling van de federale Dienst Voorafgaande Beslissingen, vooraleer Vlabel bevoegd werd voor deze materie van erfbelasting⁶.

10. Volgens deze beslissing kan een redelijk gunstig fiscaal regime bekomen worden op grond van het zogenaamde "elastiekbeding". De statuten kunnen namelijk bepalen dat, eenmaal het belangeloos doel van de stichting is verwezenlijkt, de oprichter of zijn rechthebbenden een bedrag gelijk aan de waarde van de ingebrachte goederen of de ingebrachte goederen zelf *kunnen* terugnemen⁷.

11. Dit recht op terugname via het elastiekbeding vormt een belangrijke uitzondering op de principieel belangeloze bestemming van het stichtingsvermogen na vereffening^{8,9}.

12. De toebedeling aan de rechthebbenden van de oprichter op grond van dit elastiekbeding kan worden beschouwd als een toebedeling onder opschortende voorwaarde door de oorspronkelijke oprichter. Aldus gaat het om een toebedeling door de oprichter en niet door de onbekwame broer of zus. Hierdoor kunnen de hogere tarieven van erfbelasting tussen broers en zussen vermeden worden.

13. Indien de oprichter inmiddels overleden is en de goederen bij de toepassing van dit beding aan zijn rechthebbenden (de gezonde broers en zussen van het onbekwaam kind) zullen toekomen, dan resulteert dit in een bijkomende aangifte van nalatenschap door de erfgenamen van de oprichter.

⁶ Voorafg.Besl. nr. 2011.275, 29 november 2011.

⁷ Art. 11:2 WVV bepaalt het volgende: "De statuten kunnen erin voorzien dat, wanneer het belangeloos doel van de stichting is verwezenlijkt, de stichter of zijn rechthebbenden een bedrag gelijk aan de waarde van de goederen of de goederen zelf **kunnen** terugnemen die de stichter aan de verwezenlijking van dat doel heeft besteed." (eigen benadrukking). Deze nieuwe tekst komt overeen met de bepaling onder oud artikel 28, 6° V&S-Wet. Dit wordt in het vakjargon ook "het elastiekbeding" genoemd.

⁸ Zie ook H. DEWULF, "De private stichting als instrument van familiaal vermogensbeheer" in *Familiale Vermogensplanning, deel 10*, Gandaius, XXXste Postuniversitaire Cyclus Willy Delva, Kluwer, p. 604, randnr. 44.

⁹ Wellicht werd deze mogelijkheid in de wet voorzien tegen de achtergrond van de stichting die gebruikt wordt om te voorzien in het levensonderhoud van een zorgkind. Wanneer het zorgkind overlijdt voor de ouders, is het immers logisch dat de ouders de ingebrachte goederen kunnen terugnemen.

14. De taxatie in de erfbelasting bij de toepassing van dit elasticiteitsbeding werd reeds een tiental jaren geleden verduidelijkt door de federale Rulingcommissie, die toen nog bevoegd was voor Vlaamse erf- en schenkbelasting¹⁰.

Het komt erop neer dat een terugname van de inbreng door de oprichter gewoon in zijn patrimonium terugvalt. Is die inmiddels overleden en komen de goederen toe aan zijn rechthebbende(n), dan vallen deze tegoeden in principe in zijn nalatenschap en dienen de rechthebbende(n) een bijvoeglijke aangifte van nalatenschap in te dienen. Het gaat dan wel om een nalatenschap in rechte lijn van de oprichter aan de (gezonde) broers en zussen van het kind.

VERDERE OPTIMALISATIE

15. De toebedeling van het restvermogen van de stichting aan andere familieleden kan verder fiscaal geoptimaliseerd worden door een schenking aan de stichting, gecombineerd met een restschenking aan de (gezonde) broers en zussen van het kind bij ontbinding van de private stichting¹¹.

16. Niettemin blijven we in principe nog altijd zitten met hoge fiscale oprichtingskosten. Het kapitaal dat via Belgische notariële akte aan de private stichting wordt geschonken, wordt onderworpen aan een schenkbelasting van 5,5 % indien de oprichter-schenker in Vlaanderen woont en 7 % als hij in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest of in Wallonië woont. Op de navolgende restschenking is er ook nog een schenkbelasting van 3 % (of 3,3 % als de schenker in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gevestigd is), dan wel 7 % verschuldigd. Het verschil in tarief is afhankelijk van de graad van verwantschap met de schenker.

Dit voelt nog als een te hoge last aan, temeer daar restschenkeningen in rechte lijn zonder de structuur van een private stichting aan een lagere schenkbelasting van tweemaal 3 % kunnen gebeuren.

¹⁰ Voorafg.Besl. nr. 2011.275, 29 november 2011, randnrs. 35 tot 37:

“35. Si la fondatrice est en vie au moment de la dissolution, les sommes ou biens vont réintégrer son patrimoine en vertu de ce droit de reprise. Le retour des biens dans le chef de la fondatrice ne relève pas d'un contrat de donation mais trouve sa source dans une disposition légale et en outre dans une stipulation statutaire (la loi précitée permet mais n'oblige pas). Aucun droit (ni fixe ni proportionnel) n'est dû lors de l'exercice de ce droit de reprise.

36. Au décès de la fondatrice, ces sommes ou biens découlant de l'exercice du droit de reprise seront inclus dans l'assiette de l'impôt successoral (art. 1 du C. succ.), sauf si elle er a disposé entre-temps.

37. Si la dissolution intervient après le décès de la fondatrice, les sommes ou biens découlant de l'exercice du droit de reprise seront attribués à ses ayants droit. Cette attribution ne relève pas non plus d'un contrat de donation mais découle d'une disposition légale et d'une stipulation statutaire. Aucun droit (ni fixe ni proportionnel) n'est dû lors de l'exercice de ce droit de reprise. Toutefois, ce droit de reprise par les ayants droit rendra applicable l'article 37, 2° du C. succ. (nouvelle déclaration car l'arrivée d'une condition a eu pour effet d'augmenter l'actif). Les héritiers de la fondatrice seront donc soumis au droit de succession sur les biens recueillis.”

Zie eveneens Voorafg.Besl. nr. 2012.311, 4 december 2012, randnrs. 56 en 57; Voorafg.Besl. nr. 2014.748, 10 maart 2015, randnr. 12.

¹¹ Zie ook D. COVELIERS, o.c., blz. 10, randnr. 27.

17. Vandaar dat destijds ook getracht werd om deze 5,5 % te vermijden middels een schenking door bankoverschrijving aan de stichting of via een schenkingsakte voor Nederlandse notaris. Aan deze schenking was dan wel een risicoperiode van drie jaar verbonden.

18. De schenking voor Nederlandse notaris verloor zijn fiscaal voordeel door de afschaffing van de “kaasroute”. Sinds 15 december 2020 zijn buitenlandse notariële schenkingsaktes van roerende goederen immers verplicht registreerbaar indien de schenker een inwoner van België is, waardoor die ook aan de schenkbelasting onderworpen worden¹².

“SCHENKING” OF “INBRENG OM NIET”

19. Er zijn twee mogelijke rechtshandelingen om het kapitaal van een private stichting te verhogen met externe middelen: ofwel door een schenking ofwel door een inbreng om niet.

De inbreng om niet verschilt juridisch gezien van een schenking omdat er geen *animus donandi* is. Bovendien moet die verrichting ook niet aanvaard worden door de private stichting, wat wel het geval is bij een schenking.

20. Bepaalde rechtsleer betwist dat de overdracht van vermogen aan een private stichting gekwalificeerd kan worden als een schenking, daar de kapitaaloverdracht bij een oprichting eerder als een eenzijdige rechtshandeling dient beschouwd te worden en de aanvaarding, die vereist is bij een schenking, bijgevolg ontbreekt.

Niettemin meen ik dat dergelijke schenking mogelijk blijft nadat de private stichting opgericht werd, mits de raad van bestuur deze schenking nadien, als vertegenwoordigingsorgaan, aanvaardt.

21. Het verschil in juridische kwalificatie wint wel aan belang in het kader van een vermogensplanning. Ook de fiscale gevolgen op vlak van schenk- en erfbelasting kunnen verschillend zijn naargelang de kwalificatie. Dit blijkt onder meer uit enkele rulings van de (federale) Dienst van Voorafgaande Beslissingen¹³.

Zo kan een inbreng om niet geen aanleiding geven tot toepassing van oud artikel 4, lid 3 W.Succ. of het huidig artikel 2.7.1.0.3, 3^o VCF. Deze artikelen zijn niet van toepassing, vermits de inbreng om niet in de stichting niet te beschou-

¹² L. WEYTS, “Buitenlandse notariële schenkingsakte voor roerend goed : last tango in cheese country”, *T.Not.* 2021, 37 e.v.; R. DEBLAUWE, “De verplichting tot registratie van buitenlandse notariële schenkingsakte van roerende goederen”, *AFT* 2021/1, blz. 3 e.v.

¹³ Voorafg.Besl. nrs. 2011.275, 29 november 2011, 2012.311, 4 december 2012 en 2014.543, 9 december 2014.

wen is als een schenking van de schenker onder opschortende voorwaarde van zijn overlijden¹⁴. Een inbreng om niet biedt dan ook nieuwe perspectieven en mogelijkheden van optimalisatie op fiscaal vlak. Vermits artikel 2.7.1.0.3, 3° VCF niet van toepassing is, zou men aldus een inbreng om niet kunnen plannen die pas zal ingaan bij het overlijden van de oprichter/schenker.

Het verschil tussen beide kwalificaties is daarentegen irrelevant voor de toepassing van het oud artikel 7 W.Succ. of het huidig artikel 2.7.1.0.5 VCF. Voor de toepassing van beide artikelen dient het enkel te gaan om een kosteloze beschikking binnen de drie jaar voor het overlijden. Zowel een schenking aan als een inbreng om niet in een private stichting kan worden beschouwd als een kosteloze beschikking. Dit werd ook al eerder bevestigd in een rulling¹⁵. Aan de toepassing van deze artikelen kan bijgevolg enkel ontsnapt worden indien de inbrenger de inbreng drie jaar overleeft of indien de inbreng om niet of schenking geregistreerd wordt bij realisatie of binnen de drie jaar voor het overlijden van de inbrenger/schenker¹⁶.

22. Voegen we daar ook nog aan toe dat een inbreng om niet van roerende goederen in een bestaande stichting in principe bij onderhandse akte kan en bijgevolg niet aan de registratie verplichting onderworpen is. Maar zelfs bij inbreng om niet van roerende goederen of van financiële instrumenten bij notariële akte is het verdedigbaar dat deze akte niet aan registratieplicht onderworpen is. Artikel 19, 5° W.Reg. viseert immers “*de akten houdende inbreng van goederen in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid waarvan hetzij de zetel der werkelijke leiding in België, hetzij de statutaire zetel in België en de zetel der werkelijke leiding buiten het grondgebied der lidstaten van de Europese Economische Gemeenschap, is gevestigd*; (eigen benadrukking). Een Belgische private stichting is geen “vennootschap”.

23. Ook de nieuwe bepaling van artikel 19, 6° W.Reg. die schenkingsakten verleden voor buitenlandse notaris aan de registratieplicht onderwerpt, is niet van toepassing op een inbreng om niet omdat die enkel notariële akten hieraan onderwerpt die een titel van schenking vormen, terwijl het hier niet om schenkingsakte gaat¹⁷.

¹⁴ Meer in het bijzonder Voorafg.Besl. nr. 2014.543, 9 december 2014, randnr. 25.

¹⁵ Voorafg.Besl. nr. 2011.275, 29 november 2011.

¹⁶ Voorafg.Besl. nr. 2012.311, 4 december 2012, randnrs. 29 en 30; Voorafg.Besl. nr. 16047, 5 september 2016.

¹⁷ Art. 19, 5° en nieuw 6° W.Reg. luiden als volgt:

“5° *De akten houdende inbreng van goederen in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid waarvan hetzij de zetel der werkelijke leiding in België, hetzij de statutaire zetel in België en de zetel der werkelijke leiding buiten het grondgebied der Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap, is gevestigd*;

6° *de in het buitenland verleden notariële akten die titel vormen voor een schenking onder de levenden van roerende goederen door een rijksinwoner.*”

Enkel wanneer de inbreng om niet deel uitmaakt van een verplicht registreerbare akte (bijvoorbeeld oprichtingsakte van de stichting), moet deze worden geregistreerd en geeft zij derhalve aanleiding tot de heffing van evenredige registratierechten¹⁸.

24. Ten slotte zou dergelijke inbreng ook niet onderworpen zijn aan de voorafgaande machtiging van de minister van Justitie¹⁹.

25. In feite lijkt de rechtshandeling van een “inbreng om niet” in de context van het gebruik van een private stichting voor een onbekwaam kind, veel meer aan te sluiten bij het opzet van de ouders, dan een schenking. Zij wensen enkel dat een deel van hun vermogen op voorhand “geparkeerd” wordt in een structuur ter bescherming van hun kind.

26. Sommigen menen dat een inbreng om niet enkel mogelijk is bij reffectatie van vermogen door een (ontbonden) vzw of stichting in het vermogen van een andere vzw of stichting. Dergelijke inbreng zou in het verlengde liggen van het belangeloos doel van de (ontbonden) vzw of stichting en dus “om niet” overgaan naar de andere vzw of stichting. Aldus zou deze juridische rechtshandeling enkel voorbehouden worden aan een vermogensaffectatie door een rechtspersoon.

Deze visie lijkt mij te beperkt. Het is immers verdedigbaar dat ook particulieren een inbreng om niet kunnen doen, daar dit begrip ook kan duiden op het feit dat er geen tegenprestatie geleverd wordt voor de overdracht van het vermogen aan de stichting. Zo worden er geen aandelen of certificaten verkregen in ruil voor de inbreng. De inbrenger doet een vermogensoverdracht met het oog op de oprichting van een nieuwe stichting of de verhoging van het vermogen van een bestaande stichting²⁰. Daar deze overdracht een eenzijdige rechtshandeling is, kunnen de stoffelijke voordelen die de oprichter of inbrenger indirect verkrijgt in het kader van de doelomschrijving van de stichting, ook niet beschouwd worden als een vergoeding voor deze inbreng. Strikt genomen gaat de stichting immers geen verbintenis aan ten opzichte van de oprichters²¹.

27. Ook de reden van de invoering van dit begrip in de wetgeving laat toe dat ook particulieren dergelijke inbreng kunnen doen. De invoering van de notie “inbreng om niet” dateert namelijk al van het einde van de 19e eeuw. Zij werd

¹⁸ E. SPRUYT in F. WERDEFROY (ed. J. ESPEEL en H. PELGROMS), *Registratierechten*, 12e ed., Mechelen, Wolters Kluwer, 2019, II, 1022, nr. 1127.

¹⁹ Art. 11:15 WVV; R. VANBOVEN, *De Belgische private stichting*, tweede editie, Lefebvre Sarrut Belgium, 2020, p. 70; N. LABEEUW, “De private stichting als instrument voor vermogensplanning. Praktisch bekeken”, *T.Fin.R.* 2004, afl. 3, 798, nr. 798.

²⁰ Zie R. VANBOVEN, *De Belgische private stichting*, tweede editie, Lefebvre Sarrut Belgium, 2020, p. 74.

²¹ Zie R. VAN BOVEN, *o.c.*, p. 74.

toen uitgevonden in het Franse recht als omzeiling van de onbekwaamheid van bepaalde verenigingen om giften te kunnen verkrijgen^{22,23}.

COMBINATIE VAN EEN INBRENG OM NIET MET EEN RESTSCHENKING

28. In het verleden werd al voorgesteld om een planning naar de (gezonde) broers en zussen van het zorgkind te organiseren via een restschenking aan de stichting, ook “tweetrappsschenking” genoemd. Juridisch-technisch bestaat deze uit een eerste schenking aan de eerste begunstigde (de stichting) en een tweede schenking van de rest (*residuo*) aan de tweede begunstigde onder opschortende voorwaarde van ontbinding van de eerste begunstigde²⁴.

29. In het hier voorgelegde geval gaat het nu eerder om een inbreng om niet in de private stichting in combinatie met een schenking onder opschortende voorwaarde van de ontbinding van de private stichting, waarbij het mogelijk zou zijn om het zogenaamde elastiekbeding te kunnen toepassen. Dit laatste zal slechts kunnen wanneer het doel van de private stichting verwezenlijkt wordt²⁵.

30. In de rechtsleer vinden we een discussie terug over het feit of een inbreng om niet al dan niet onder ontbindende voorwaarde kan gebeuren²⁶. Doch deze discussie is hier niet ter zake. In dit geval wordt het doorgeven van de resterende inbreng gekoppeld aan de ontbinding van de stichting waarbij ook het zogenaamde elastiekbeding van artikel 2:114 WVV van toepassing zou kunnen zijn. De eerder verrichte handeling van inbreng wordt dus niet ontbonden.

31. De wetgever heeft zelf uitdrukkelijk voorzien dat de terugkeer van de ingebrachte goederen aan de inbrenger of zijn rechthebbenden kan gebeuren

²² Zie S. NUDELHOLC, “Le régime civil et fiscal de la fondation privée belge”, *RGF* 2004, nrs. 8-9, p. 16 e.v.

²³ We moeten teruggaan tot de Derde Franse Republiek, waar het statuut van religieuze congregaties ophef maakte. Teneinde een herhaling van de “dode hand” te voorkomen, was de Franse wetgever zeer voorzichtig in het verlenen van rechtspersoonlijkheid aan verenigingen zonder winsttoegmerk. Vandaar dat begin 1900 een onderscheid werd ingevoerd tussen eenvoudige niet-aangegeven verenigingen, aangegeven verenigingen en erkende verenigingen van openbaar nut. De tussencategorie van aangegeven verenigingen die niet van openbaar nut waren, zagen zich een beperkte rechtspersoonlijkheid toegekend krijgen, waardoor zij wel verrichtingen onder bezwarende titel konden verrichten (zoals de aankoop van een onroerend goed), maar dan weer onbekwaam waren om een schenking of gift te ontvangen. De in de statuten voorziene bijdragen en subsidies van de overheden werden niet als giften beschouwd in deze context. Vele nieuwe opgerichte verenigingen van deze middencategorie zagen veel problemen om onroerend goed te verwerven indien hun beginkapitaal te gering was. Om aan deze situatie te verhelpen hebben een aantal Franse juristen bevestigd dat “inbreng” van onroerend goed in dergelijke verenigingen, die noch als verkoop, noch als ruil gekwalificeerd kon worden, niet verboden werd wegens inbreng om niet.

²⁴ Zie B. CARDOEN, “Het fideïcommis de residuo toegepast op een schenking van actuele goederen”, *Not.Fisc.M.* 2004-9, Kluwer, blz. 223 e.v.; E. SPRUYT, “De schenking, het paradepaard van de successieplanning”, *AFT*, blz. 94 e.v.

²⁵ Art. 11:2 in combinatie met art. 2:114 WVV.

²⁶ R. VAN BOVEN, *o.c.*, p. 74, met verwijzing naar voetnoten 415 en 416.

wanneer de stichting ontbonden wordt wegens realisatie van haar doel. Voor een private stichting voor een onbekwame is het doel van de bescherming en beheer van het vermogen van zo'n persoon verwezenlijkt wanneer dat niet meer mogelijk is wegens overlijden van de onbekwame.

Het elastiekbeding wordt beschouwd als één van de uitzonderingen op de verplichting van de stichting om de ingebrachte tegoeden te affecteren aan een belangeloos doel. Vandaar dat het ook aangewezen lijkt dat de begiftigden van de restschenking eveneens de begunstigden kunnen zijn van dit elastiekbeding.

32. Door de schenking van de goederen aan de andere rechthebbenden te koppelen aan de ontbinding van de private stichting wordt ook de garantie ingebouwd voor de oprichters dat er een controle van de ondernemingsrechtbank zal gebeuren op de correcte affectatie van de tegoeden van de stichting²⁷.

33. Bij het overlijden van de inbrenger zijn de goederen niet meer in zijn patrimonium aanwezig (ze zijn reeds tijdens zijn leven naar de private stichting overgegaan). Er dient dus geen erfbelasting op geheven te worden, tenzij de inbrenger overlijdt binnen de 3 jaar na de inbreng en deze verrichting niet aangeboden werd ter registratie²⁸. Indien de inbreng om niet geregistreerd werd aan een belasting van 5,5 % (of 7 % in Brussel/Wallonië), dan is het verdedigbaar om geen erfbelasting meer te heffen, zelfs niet op de aangroei.

Bij ontbinding van de stichting met toepassing van het elastiekbeding komen de ingebrachte goederen of hun tegenwaarde terug in het vermogen van de inbrenger en wordt diens schenking aan de tweede begunstigde(n) gerealiseerd.

34. Doch in plaats van het elastiekbeding toe te passen, gaat het "residuo" over naar de rechthebbenden van de oprichter ingevolge een schenking.

De restgoederen van de ontbonden stichting gaan over naar de verwachters (begiftigden van de restschenking) door de realisatie van de opschortende voorwaarde die in de schenkingsakte opgenomen is. De overdracht naar de verwachter komt dus tot stand via het contract van schenking en niet door toepassing van het elastiekbeding. Hierop is in principe schenkbelasting verschuldigd. De ontbinding van de private stichting met de mogelijke toepassing van het elastiekbeding vormt dus niet de oorzaak doch slechts de aanleiding van de overdracht die dan plaatsvindt. De goederen van de overdracht bevinden zich buiten de nalatenschap van de schenker en de schenking veronderstelt ook niet de effectieve voorafgaande terugkeer van de inbreng naar het vermogen of de nalatenschap

²⁷ Een terugkeer zonder controle van de rechtbank is één van de voornaamste beletsels die bepaalde juristen aanhalen om een inbreng onder ontbindende voorwaarde in een private stichting niet te kunnen dulden.

²⁸ Oud art. 7 en 66 W.Succ.

van de schenker. Vandaar dat het verdedigbaar is dat er geen erfbelasting van toepassing is²⁹.

35. De belasting op deze schenking wordt berekend in functie van de verwantschapsband tussen schenker en de verwachter, op een grondslag berekend op de nog overblijvende goederen en de goederen die bij wijze van zaakvervanging in de stichting terecht kwamen, volgens hun staat, aard en waarde op het ogenblik van de realisatie van de opschortende voorwaarde, namelijk de ontbinding van de private stichting. Het toepasselijk tarief is dat welk zou toegepast zijn indien de schenking niet onder opschortende voorwaarde was gedaan³⁰.

36. In tegenstelling tot de situatie van de voorafgaande beslissing van 2011 komt deze overdracht dus niet meer eerst in de nalatenschap van de oprichter, mocht die inmiddels overleden zijn. De toevoeging aan de fiscale nalatenschap van de oprichter wordt immers doorkruist door de eerder gedane schenking onder opschortende voorwaarde. Een bijvoeglijke aangifte in de nalatenschap zal enkel nog maar verplicht zijn indien de ontbinding minder dan drie jaar na die schenking gebeurt en deze laatste niet aangeboden werd ter registratie.

ARTIKEL 19 WIB 1992 LIGT OP DE LOER

37. Een onzeker nevenaspect van deze planning blijft de mogelijke toepassing van inkomstenbelastingen op de aangroei van de inbreng, op het moment van de realisatie van de voorwaarde van de schenking.

38. Volgens bepaalde rechtsleer wordt de terugname door de stichters van de door hem ingebrachte goederen niet belast in de inkomstenbelastingen voor zover de waarde van de teruggenomen goederen overeenstemt met de waarde van de ingebrachte goederen. Worden er in waarde meer goederen teruggenomen dan er destijds in de stichting zijn ingebracht, dan vormt het deel dat de inbreng overschrijdt, met name de meerwaarde, een interest in de zin van artikel 17, § 1, 2° en artikel 19, § 1³¹ WIB 1992.

Ook de federale Rulingcommissie deelt deze mening. Enkel indien het teruggenomen bedrag of de waarde van de goederen hoger is dan de waarde van de ingebrachte goederen, zal het overschrijdend deel worden beschouwd als interesten in de zin van artikel 17, § 1, 2° en artikel 19, § 1 WIB 1992³². Indien de

²⁹ J. DECUYPER, *Successierechten 2002-2003*, deel I, Kluwer, 2002, 30, nr. 34.

³⁰ Toepassing van art. 16 W.Reg./art. 2.8.7.0.2, § 2 VCF.

³¹ Art. 19, § 1 WIB 1992: "Interest omvat:

1° interest, premies en alle andere opbrengsten van leningen, daaronder begrepen zakelijke-zekerheidsvereenkomsten met betrekking tot financiële instrumenten, van gelddeposito's en van elke andere schuldvordering; ..."

³² Voorafg.Besl. nr. 2011.275, 29 november 2011, randnrs. 41 en 42; Voorafg.Besl. nr. 2012.311, 4 december 2012, randnrs. 56 en 57; Voorafg.Besl. nr. 2014.748, 10 maart 2015, randnr. 12.

terugname door de rechthebbende van de stichter gebeurt, zal deze niet worden onderworpen aan enige inkomstenbelasting voor zover de teruggenomen goederen werden onderworpen aan erfbelasting. Deze laatste stelling is voor discussie vatbaar.

39. Wat de taxatie in de inkomstenbelasting zelf betreft, gaat de fiscus ervan uit dat de meerwaarde gelijk te stellen is met een interest uit schuldvorderingen.

40. Wat de hier beschreven optimalisatie via inbreng om niet gevolgd door een restschenking betreft, gaan we niet meer uit van een effectieve toepassing van dit elastiekbeding. Schenkt men onder opschortende voorwaarde, dan stelt men de verbintenis die uit de schenking voortvloeit uit tot de toekomstige en onzekere gebeurtenis zich effectief voordoet³³.

Het lijkt dan ook verdedigbaar om te stellen dat de schuldvordering van de tweede verwachter pas ontstaat bij de realisatie van de opschortende voorwaarde en dat de inkomsten daaruit beperkt kunnen worden tot het verschil tussen de waarde op het moment van ontstaan van de schuldvordering en die bij de effectieve inning.

BESLUIT

De private stichting biedt heel wat opportuniteiten voor een successieplanning voor een zorgkind. Voor een verdere planning naar gezonde broers en zussen toe kan ook de techniek van de inbreng om niet heel wat voordelen bieden aan laatstgenoemden. Het regime van inkomstenbelastingen bij het effectief doorschuiven naar de (gezonde) broers of zussen dient geval per geval geanalyseerd te worden en eventueel afgeruled te worden door Vlabel of door de federale Dienst Voorafgaande Beslissingen.

³³ Een opschortende voorwaarde tast het bestaan van een overeenkomst zelf niet aan, ze heeft alleen de opschorting tot gevolg van de verbintenis die eruit voortvloeit (*cf.* het principiësarrest Cass. 5 juni 1981, *RW* 1981-82, 245; zie eveneens Cass. 21 januari 2000, *RW* 2002-03, 1053). Of anders uitgedrukt: de voorwaarde leidt tot een voorwaardelijke verbintenis, niet tot een voorwaardelijk contract. De overeenkomst zelf (het contract) komt meteen onvoorwaardelijk tot stand. Niet iedereen zit echter wat dit betreft op dezelfde golflengte. Zo zijn er ook auteurs die stellen dat niet alleen het contract hangende de voorwaarde – *pendente conditione* – bestaat maar ook de verbintenis.

Enkel de uitvoering van de verbintenis wordt geschorst (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 194, nr. 161). In deze opvatting komt bij een vervreemding (zoals een verkoop of schenking) onder opschortende voorwaarde de eigendomsoverdracht van het goed onmiddellijk tot stand en wordt alleen de uitvoering van de verbintenis (de levering van het goed) opgeschort. Meer over dit debat, zie: A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Contracten onder voorwaarde” in *Nkelpunten Kanscontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 1 e.v.

OVER ROALD DAHL EN MORELE RECHTEN *POST MORTEM AUCTORIS*

Charlotte DECLERCK

I. INLEIDING

1. Ook jaren na zijn dood blijven de werken van de Britse auteur Roald Dahl een vaste waarde hebben¹. Wie is er niet opgegroeid met *Matilda*, *the BFG*, *the Witches*, *Fantastic Mr Fox* en *Charlie and the Chocolate Factory*?

Groot was de verbazing toen uit onderzoek van *The Telegraph* bleek dat de uitgeverij *Puffin* samen met de *Roald Dahl Story Company* wel honderden wijzigingen aan deze werken had aangebracht teneinde de teksten *anno* 2023 minder aanstootgevend te maken². Woorden met betrekking tot gewicht, geestelijke gezondheid, geweld, geslacht en ras werden geschrapt en/of geherformuleerd. Zo bijvoorbeeld werd “*fat*” vervangen door “*enormous*”, werd “*ugly*” geschrapt en werd “*Cloud-men*” vervangen door “*Cloud-People*”. Zo ook werd de verwijzing naar *Rudyard Kipling* in *Matilda* vervangen door een verwijzing naar *Jane Austen*.

Sommigen juichen de aanpassingen toe. De sprookjes van de gebroeders *Grimm* werden doorheen de tijd toch ook aangepast en gemoderniseerd? Die romantische visie op auteurs en hun auteurswerken is toch totaal voorbijgestreefd? Anderen reageren dan weer vol onbegrip. De *woke* slinger zou volledig doorgeslagen zijn. Er zou zelfs sprake zijn van absurde censuur.

2. Het heikele onderwerp kan vanuit verschillende invalshoeken worden benaderd. Een van de in de (inter)nationale media eerder onderbelichte invalshoeken betreft de auteursrechtelijke invalshoek en in het bijzonder deze van de morele rechten *post mortem auctoris*. Kunnen na het overlijden van de auteur diens werken onbepaald worden gewijzigd en/of aangepast? Of dienen bepaalde maatstaven in acht genomen te worden? Zo ja, welke? Deze en vele andere rechtsvragen maakten het voorwerp uit van mijn doctoraatsproefschrift³. Ik besteed er in deze bijdrage graag opnieuw aandacht aan en beantwoord vermelde vragen in eerste instantie op basis van het Belgische auteursrecht.

Ik belicht eerst het concept auteursrecht als dusdanig en sta stil bij de voornaamste karakteristieken. Vervolgens licht ik toe in welke mate de morele rechten deel

¹ Roald Dahl overleed op 23 november 1990.

² E. CUMMING, G. HOF-ALLEN en B. SMITH, “The hundreds of changes made to Roald Dahl’s books to suit a new ‘sensitive’ generation”, *The Telegraph*, 17 februari 2023.

³ C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009.

uitmaken van de literaire nalatenschap en welke gevolgen dit heeft. Verder sta ik stil bij het belang van testamentaire beschikkingen. Ten slotte koppel ik terug naar de casus van Roald Dahl.

II. AUTEURSRECHT

A. HYBRIDE RECHT MET PERSOONSGEBONDEN KARAKTER

3. Het auteursrecht is een recht van hybride aard dat in twee categorieën van op zichzelf staande deelrechten wordt opgedeeld, namelijk vermogensrechten en morele rechten. Beide categorieën vormen het resultaat van een historische ontwikkeling waarbij aan de auteur in een eerste fase vermogensrechten werden toegekend en in een tweede fase morele rechten.

Vandaag worden in de meeste Europese rechtsstelsels de vermogensrechten én de morele rechten onder het eenheidsconcept van het auteursrecht gecapteerd. Dit is evenwel niet altijd het geval. Zo bijvoorbeeld worden in het Engelse recht de morele rechten weliswaar uitdrukkelijk in de auteurswetgeving geregeld, maar maken deze rechten als dusdanig geen deel uit van het auteursrecht.

4. De vermogensrechten beogen de economische belangen van de auteur in zijn werk te beschermen en stellen de auteur in staat zijn werk te exploiteren en economische voordelen te behalen (art. XI.165, § 1 WER). In de meeste gevallen gaat het over exclusiviteitsrechten. Het komt uitsluitend aan de auteur toe om toestemming te geven tot het gebruik van zijn werk, op welke wijze dan ook, en hij kan in beginsel eenieder verbieden om zijn werk te gebruiken zonder zijn toestemming. Het reproductierecht garandeert aan de auteur het exclusieve recht om toestemming te geven tot vermenigvuldiging van zijn werk (art. XI.165, § 1, eerste lid WER). Door het vertaal- en adaptatierecht kan uitsluitend de auteur toestemming verlenen tot de bewerking of vertaling van zijn werk (art. XI.165, § 1, tweede lid WER). Het verhuur- en uitleenrecht zijn de exclusieve rechten van de auteur om toestemming te geven tot het verhuren of uitleenen van zijn werk (art. XI.165, § 1, derde lid WER). Door middel van het bestemmingsrecht kan de auteur niet alleen medecontractanten, maar ook derden een bepaald gebruik van in de handel gebrachte reproducties van het werk verbieden. Via het distributierecht beschikt de auteur over het exclusieve recht om het origineel of kopieën van het werk in het verkeer te brengen (art. XI.165, § 1, vijfde en zesde lid WER). Het invoerrecht omvat het recht van de auteur om in het buitenland rechtmatig verspreide exemplaren bij invoer in beginsel aan een hernieuwde toestemming te onderwerpen. Het openbaar mededelingsrecht is het exclusieve recht van de auteur om zijn werk onder een niet-tastbare vorm mee te delen aan het publiek (art. XI.165, § 1, vierde lid WER). Ook het tentoonstellingsrecht kan als een vermogensrecht worden gekwalificeerd (art. XI.173 WER). Het volgrecht is ten slotte het recht van de auteur van werken van grafische of beeldende

kunst bij bepaalde doorverkopen van deze werken een op de doorverkoopprijs berekend recht te ontvangen (art. XI.175 WER).

Deze vermogensrechten zijn roerende rechten die overgaan bij erfopvolging en die vatbaar zijn voor gehele of gedeeltelijke overdracht, volgens de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (art. XI.167, § 1, eerste lid WER). Na het overlijden van de auteur worden deze rechten, tijdens de duur van de bescherming van het auteursrecht, uitgeoefend door zijn erfgenamen of legatarissen, tenzij de auteur ze aan een bepaalde persoon heeft toegekend, met inachtneming van het wettelijk voorbehouden erfdeel dat aan de erfgenamen toekomt (art. XI.171, eerste lid WER).

In bepaalde omstandigheden heeft de wetgever de beslissingsbevoegdheid in hoofde van de auteur ontnomen en is het de wetgever die, als het ware in de plaats van de auteur, aan de gebruikers de toestemming verleent tot het gebruik van het werk. In bepaalde gevallen heeft de auteurswetgever als tegenprestatie een vergoedingsrecht ten gunste van de auteur ingevoerd. Dit worden de compenserende vergoedingsrechten genoemd. Deze compenserende vergoedingsrechten laten we in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

5. De auteur beschikt niet enkel over vermogensrechten, maar ook over morele rechten. Deze rechten beogen in eerste instantie de intellectuele en geestelijke belangen van de auteur op zijn werk te beschermen en zijn in beginsel onvervreemdbaar. Het bestaan van deze rechten vloeit voort uit het inzicht dat een auteurswerk geen zuiver handelsobject is, maar dat het een veruitwendiging vormt van de persoonlijkheid van de auteur. De Conventie van Bern, het internationale pioniersverdrag inzake auteursrecht, erkent uitsluitend het bestaan van het vaderschaps- en integriteitsrecht (art. 6*bis*)⁴. In het Belgische recht worden vijf morele rechten onderscheiden. Het recht van bekendmaking is het recht van de auteur om zijn werk aan het publiek kenbaar te maken en te beslissen op welk ogenblik het werk aan de openbaarheid wordt prijsgegeven (art. XI.165, § 2, derde lid WER). Het vaderschapsrecht is het recht om het vaderschap van het werk op te eisen, dan wel te verzwijgen en het werk anoniem of onder pseudoniem te publiceren (art. XI.165, § 2, vijfde lid WER). Het integriteitsrecht of het recht op eerbied voor het werk is het recht van de auteur om zich te verzetten tegen bepaalde wijzigingen van zijn werk zonder zijn toestemming (art. XI.165, § 2, zesde en zevende lid WER). Zo kan een auteur niet bij voorbaat toestemming geven voor iedere latere willekeurige wijziging aan zijn werk, maar kan hij wel concrete en bindende afspraken maken met een ander ten aanzien van duidelijk overeengekomen wijzigingen aan een gekend werk. Het is evenwel nooit mogelijk om geldig te bepalen dat het werk zal worden gewijzigd of aangetast op een manier die de eer of de reputatie van de auteur schendt. Het recht

⁴ België heeft deze conventie, zoals herzien door de Akte van Parijs, ondertekend op 24 juli 1971 en goedgekeurd door de wet van 25 maart 1999, BS 10 november 1999.

tot inkeer is het recht van de auteur om zijn werk, indien dit reeds werd bekendgemaakt, terug te nemen uit het economisch verkeer omdat hij wijzigingen wenst aan te brengen of omdat hij het werk niet meer goedkeurt⁵. Sommige auteurs kwalificeren eveneens het recht van toegang van de auteur tot zijn werk (art. XI.167, § 1, derde lid WER), indien is voldaan aan de door de wet bepaalde voorwaarden, als een moreel recht⁶.

Na het overlijden van de auteur worden de morele rechten uitgeoefend door zijn erfgenamen of legatarissen, tenzij hij daartoe een welbepaald persoon heeft aangewezen (art. XI.171, tweede lid WER).

B. TIJDELIJK RECHT

6. Het auteursrecht is een tijdelijk recht.

Als algemeen principe geldt dat de vermogensrechten blijven bestaan gedurende zeventig jaar na het overlijden van de auteur ten voordele van de persoon die hij daartoe heeft aangewezen of, indien dit niet is gebeurd, ten voordele van zijn erfgenamen (art. XI.166, § 1 WER). Deze termijn geldt in beginsel voor alle auteurswerken en wordt telkens berekend vanaf 1 januari van het jaar dat volgt op het overlijden. Hierop gelden enkele uitzonderingen (art. XI.166, §§ 2-4 WER).

Wat de morele rechten betreft, neemt de doctrine vandaag overwegend aan dat de morele rechten samen met de vermogensrechten uitdoven⁷.

Na het verstrijken van de beschermingsduur van het auteursrecht komen de auteurswerken in het openbaar domein terecht. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat geen toestemming meer moet worden gevraagd om het werk te gebruiken. Er is in beginsel ook geen enkele vergoeding verschuldigd voor dit gebruik. In bepaalde gevallen is er wel sprake van een *public domaine payant* waarbij de aanwending van een werk uit het openbaar domein de betaling van een geldbedrag vooronderstelt. Dit bedrag komt dan niet ten goede aan de erfgenamen van de auteur, maar wordt bijvoorbeeld voor culturele doeleinden aangewend of ter ondersteuning van auteurs.

⁵ Dit recht werd niet uitdrukkelijk erkend door de Belgische wetgever.

⁶ Zie bv. J. CORBET, *Auteursrecht* in *APR*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, p. 61, nr. 159.

⁷ Zie bv. F. BRISON en B. MICHAUX, "De nieuwe Auteurswet", *RW* 1995-96, 485; F. GOTZEN, "Artikel 2 Auteurswet" in *Huldeboek Jan Corbet*, 21-22; A. STROWEL en B. STROWEL, "La nouvelle législation belge sur le droit d'auteur", *JT* 1995, 126.

III. MORELE RECHTEN *POST MORTEM AUCTORIS*

A. OVERGANG *MORTIS CAUSA*

7. Het wordt niet betwist in rechtspraak en rechtsleer dat de vermogensrechten tot de literaire nalatenschap behoren. De vraag of de morele rechten deel uitmaken van de literaire nalatenschap is daarentegen wel betwist⁸. Verschillende stellingen kunnen worden onderscheiden.

8. Luidens de eerste hoofdstelling vererven de morele rechten niet en behoren deze rechten dus niet tot de literaire nalatenschap van de auteur. De erfgenamen kunnen zich uitsluitend beroepen op een eigen recht (*iure proprio*). Binnen deze eerste stelling kunnen drie substellingen worden onderscheiden.

Volgens de eerste substelling gaan de morele rechten door het overlijden van de auteur teniet en oefenen de nabestaanden een eigen persoonlijkheidsrecht uit, namelijk het familiaal persoonlijkheidsrecht op nagedachtenis. Dit recht is geen resultaat van erfopvolging. De nabestaanden treden hierbij op voor zichzelf en in hun eigen naam. Deze stelling kan onder meer worden teruggevonden in oude Franse rechtspraak⁹. In het Belgische recht werd deze stelling door Guldix verdedigd onder de vroegere Auteurswet van 22 maart 1886¹⁰. Deze substelling is vandaag achterhaald. De huidige Auteurswet bepaalt vooreerst uitdrukkelijk dat de morele rechten worden uitgeoefend door de erfgenamen, legatarissen of een door de auteur welbepaalde aangewezen persoon (art. XI.171, tweede lid WER). Dit impliceert noodzakelijkerwijze dat deze rechten na het overlijden van de auteur blijven verder bestaan en niet uitdoven. Dit wordt mede ondersteund door artikel 6bis Berner Conventie krachtens hetwelk het vaderschaps- en integriteitsrecht na het overlijden van de auteur worden gehandhaafd. Daarenboven bepaalt artikel XI.166, § 1 WER dat het auteursrecht na het overlijden van de auteur in beginsel gedurende zeventig jaar blijft bestaan. Een meerderheidsstrekking is terecht van oordeel dat de term “auteursrecht” in artikel XI.166, § 1 WER zowel op de vermogensrechten als de morele rechten slaat. Hieruit mag niet worden afgeleid dat het bestaan van een familiaal persoonlijkheidsrecht op nagedachtenis als dusdanig niet kan worden erkend in de Belgische rechtsorde. De morele rechten *post mortem auctoris* moeten evenwel van dit collectief persoonlijkheidsrecht worden onderscheiden. Beide categorieën sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan. Zo is een verwant van de auteur niet noodzakelijkerwijze een

⁸ Zie hierover uitgebreid C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 278 e.v.

⁹ Zie bv. Cass.civ.fr. 26 februari 1919, S. 1920.1.203.

¹⁰ Zie bv. E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 310-323; zie in deze zin ook J. CORBET, “Auteursrecht en successierechten” in *Liber amicorum prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, p. 954, nr. 2. Vgl. L. REMOUCHAMPS, *Auteursrecht*, p. 27, nr. 37, p. 28, nrs. 40-41, die zich beperkt tot de uitsluitende overweging dat de morele rechten door het overlijden van de auteur tenietgaan. Vgl. eveneens A. BERENBOOM, *Le droit d’auteur*, Brussel, Larcier, 1984, p. 177, nr. 161.

titularis van de morele rechten *post mortem auctoris* en kan hij bijvoorbeeld niet in rechte optreden wegens inbreuk op de morele rechten, maar kan deze verwant, voor zover aan alle (jurisprudentiële en doctrinale) toepassingsvoorwaarden is voldaan, niettemin in rechte optreden in geval van schending van de nagedachtenis van de overleden auteur. Zo ook kunnen nabestaanden zich na het verstrijken van de beschermingsduur van het auteursrecht en dus op het ogenblik dat het werk tot het openbaar domein behoort, nog steeds beroepen op dit familiaal persoonlijkheidsrecht op nagedachtenis.

Volgens de tweede substelling oefenen de erfgenamen de morele rechten van de overleden auteur als lasthebbers uit, maar zijn zij geen titularissen van de morele rechten *post mortem auctoris*. Vanuit deze optiek behoren de morele rechten niet tot de literaire nalatenschap, maar treden de erfgenamen op krachtens een mandaat *post mortem*. Omtrent de vraag wie dan als lastgever optreedt, zijn de meningen verdeeld. Bepaalde rechtsleer is van oordeel dat de erfgenamen als lasthebbers van de auteur optreden¹¹, terwijl andere rechtsleer van mening is dat de erfgenamen als lasthebbers van de Staat optreden¹². Ook deze stelling kan om verschillende redenen niet worden bijgetreden. Zowel de aanvaarding als de uitvoering door de lasthebber vindt plaats ná het overlijden van de lastgever-auteur zodat er al noodzakelijkerwijze sprake is van een ongeoorloofd mandaat *post mortem*. Hierbij rijzen ook verschillende vragen. Wat te doen indien de lasthebber overlijdt? Hoe valt deze substelling overigens te verzoenen met de beschermingsduur van het auteursrecht?

Volgens de derde en laatste substelling overleven de morele rechten de auteur, maar vererven deze rechten niet¹³. Door het overlijden van de auteur zouden de morele rechten worden omgezet in een getrouwheidsverplichting in hoofde van de erfgenamen. Vanuit deze optiek is na het overlijden van de auteur geen sprake meer van morele rechten als private subjectieve rechten, maar van morele rechten die zich als het ware als een verplichting aan de erfgenamen opdringen zodat deze rechten niet tot de literaire nalatenschap behoren. Uit een analyse van

¹¹ Zie bv. in het Franse recht G. LESOURD, *Le droit moral après la mort de l'auteur*, thèse Paris, 1962, 61; G. MICHAÉLIDES-NOUAROS, "La protection des intérêts moraux de l'auteur comme postulat de la culture", *Droit d'Auteur* 1979, 40; R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, 439-458; R. SAVATIER, "Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique", *JCP éd. G.* 1957, I, 1398, nr. 46.

¹² Zie bv. C. GHEORGIU-VIERIU, *Le droit moral de l'auteur: étude critique sur le droit moral de l'auteur, en droit tières de propriété littéraire et artistique, en droit français, en droit comparé et sur le plan international*, 271; P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, 319 en 326-327.

¹³ Zie bv. in het Belgische recht P. EECKMAN, "De morele rechten van de auteur" in J. CORBET (ed.), *Honderd jaar Auteurswet*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 49, nr. 2; H. VANHEES, *Een juridische analyse van de grondslagen, inhoud en draagwijdte van auteursrechtelijke exploitatierechten*, p. 500, nr. 1183: "Na de dood van de auteur veranderen zij namelijk van karakter: van discretionaire rechten worden zij een plicht van getrouwheid aan de auteur, aan zijn werk en zijn wil." In latere publicaties drukt Vanhees zich evenwel minder krachtig uit: "Zij zijn eerder een soort van getrouwheid aan de auteur en zijn vermoedelijke wil", zie bv. H. VANHEES, "Artikel 7 Auteurswet" in F. BRISON en H. VANHEES (eds.), *Huldeboek Jan Corbet*, 44; H. VANHEES, "Artikel 7 Auteurswet" in *Comm. Handels- en economisch recht*, 1998, nr. 3.

de rechtsleer die deze stelling verdedigt, blijkt dat het leerstuk van de omzetting in een getrouwheidsverplichting vooral is geïnspireerd vanuit de behoefte of de noodzaak de morele rechten *post mortem auctoris* slechts te laten uitoefenen overeenkomstig de wil en de opvattingen van de erflater-auteur (*in nomine auctoris, ex persona defuncti*). Ook deze substelling kan om meerdere redenen moeilijk worden bijgetreden. Het is ten eerste contradictorisch om enerzijds te stellen dat de morele rechten na het overlijden van de auteur blijven verder bestaan en anderzijds te stellen dat de rechten worden omgezet in een getrouwheidsverplichting¹⁴. In dit geval is toch geen sprake meer van het voortbestaan van de morele rechten na het overlijden van de auteur? Ten tweede vindt deze stelling geen steun in de tekst van de wet¹⁵. Deze opvatting impliceert immers dat de auteurswetgever specifieke controlemechanismen zou hebben ingebouwd met betrekking tot de uitoefening van de morele rechten *post mortem auctoris*. *De lege lata* is dit naar Belgisch recht geenszins het geval. Ten derde impliceert deze stelling dat de titularissen de mogelijkheid wordt ontnomen de morele rechten uit te oefenen op een ogenblik dat zij dit geschikt achten¹⁶. In tegenstelling tot andere intellectuele eigendomsrechten bestaat nochtans geen wettelijke verplichting tot uitoefening van het auteursrecht. Ten vierde bestaan ook enkele praktische bezwaren omdat deze stelling aanleiding geeft tot een onredelijke last in hoofde van de titularissen van de morele rechten *post mortem auctoris*¹⁷. Vanuit deze optiek zouden rechtsopvolgers van de overleden auteur verplicht worden een actief beleid te voeren met betrekking tot de uitoefening van de morele rechten *post mortem auctoris*. Ten slotte moet er worden op gewezen dat het principe van de vererving van de morele rechten geenszins uitsluit dat de wil en de opvattingen van de erflater-auteur bij de uitoefening van deze rechten worden nageleefd (*infra*).

9. Volgens de tweede hoofdstelling gaan de morele rechten door het overlijden van de erflater-auteur over en maken de morele rechten bijgevolg integraal deel uit van de literaire nalatenschap. De morele rechten komen de erfgenamen *iure hereditario* en niet *iure proprio* toe. Zowel onder de vroegere als onder de huidige auteursregelgeving kunnen jurisprudentiële en doctrinale sporen hiervan worden teruggevonden, zij het eerder beperkt¹⁸.

10. In mijn proefschrift heb ik verdedigd dat artikel XI.171 WER in deze zin moet worden uitgelegd dat de morele rechten integraal tot de literaire nalatenschap behoren. De morele rechten komen derhalve de erfgenamen van de auteur *iure hereditario* toe. Dit blijkt niet alleen uit meerdere bepalingen van de huidige

¹⁴ Zie bv. J. RAVANAS, annotatie bij Cass.cf.fr. 17 december 1996, *D.* 1997, p. 448, nr. 20.

¹⁵ Zie in dezelfde zin in het Franse recht O. LALIGANT, *La divulgation des oeuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, p. 425-429, nr. 127.

¹⁶ Zie ook O. LALIGANT, *La divulgation des oeuvres artistiques littéraires et musicales en droit positif français*, p. 426, nr. 127.

¹⁷ Chr. CLÉMENT, *Urheberrecht und Erbrecht*, 76.

¹⁸ Zie C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 295-297, nrs. 375-376.

auteursregelgeving, maar ook uit de omvang en de aard van de morele rechten na het overlijden van de erflater-auteur¹⁹.

Vooreerst blijkt uit meerdere bepalingen van de auteursregelgeving dat de morele rechten na het overlijden van de auteur blijven voortbestaan en deze rechten dus noodzakelijkerwijze voor vererving moeten vatbaar zijn. Hierbij kan in het bijzonder worden verwezen naar de artikelen XI.166, § 1 en XI.171 WER. Aangezien de morele rechten na het overlijden van de auteur kunnen worden uitgeoefend, impliceert dit noodzakelijkerwijze dat deze rechten blijven voortbestaan en welbepaalde personen als titularissen kunnen worden aangeduid. Dit kan onmogelijk de auteur zelf zijn vermits hij overleden is en geen juridische persoonlijkheid meer heeft. Beide wetsbepalingen bieden ook de mogelijkheid aan de auteur om over zijn morele rechten te beschikken over zijn dood heen, waaruit opnieuw kan worden afgeleid dat deze rechten deel uitmaken van de literaire nalatenschap.

Daarenboven blijft de omvang van de morele rechten na het overlijden van de auteur ongewijzigd. De morele rechten zijn rechten die de auteur op het ogenblik van zijn overlijden bezat en die bij zijn overlijden ook niet ophouden te bestaan. Naar Belgisch recht gaan alle morele rechten in alle aspecten over op de erfgenamen en rechtsopvolgers van de overleden auteur.

Ten slotte wijzigt de aard van de morele rechten niet door het overlijden van de auteur. Zowel tijdens het leven van de auteur als na zijn dood zijn de morele rechten private subjectieve rechten die het voorwerp kunnen uitmaken van rechtsmisbruik. Deze rechten worden derhalve niet omgezet in een getrouwheidsverplichting in hoofde van de rechtsopvolgers van de auteur. Zij kunnen deze rechten uitoefenen wanneer zij dit opportuun achten en kunnen hiertoe in beginsel geenszins worden verplicht, behoudens eventueel rechtsmisbruik.

B. BINDING AAN DE WIL VAN DE ERFLATER-AUTEUR

11. Dat de morele rechten deel uitmaken van de literaire nalatenschap sluit niet uit dat deze na het overlijden van de auteur moeten worden uitgeoefend overeenkomstig de (uitdrukkelijke of vermoedelijke) wil en de opvattingen van de auteur²⁰. Persoonlijke motieven of *desiderata* van de titularissen *post mortem auctoris* kunnen dus in eerste instantie niet doorslaggevend zijn voor de uitoefening van de morele rechten *post mortem auctoris*. De wil van de auteur moet evenwel niet steeds en in alle gevallen worden nageleefd. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer deze wil als onredelijk of excessief moet worden be-

¹⁹ Zie C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 297 e.v.

²⁰ Zie C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 310 e.v.

schouwd. Maar ook wanneer het volstrekt onmogelijk zou zijn de wil van de auteur afdoende vast te stellen, kunnen de titularissen *post mortem auctoris* deze rechten uitoefenen zoals zij dit goed achten, behoudens eventuele toepassing van het leerstuk van het rechtsmisbruik.

Verskillende argumenten ondersteunen deze stelling. Dit vloeit eerst en vooral voort uit het persoonsgebonden karakter van het auteursrecht en de finaliteit van de morele rechten. Morele rechten zijn ontstaan zodra het auteurswerk niet meer als een louter handelsvoorwerp werd opgevat, maar als de veruitwendiging van de persoonlijkheid van de auteur. Vanuit deze optiek strekken de morele rechten in eerste instantie tot bescherming van de persoonlijkheid van de auteur zoals die in zijn werk wordt veruitwendigd en tot bescherming van de directe en onlosmakelijke band die tussen de auteur en zijn geesteskind bestaat. Het komt uitsluitend aan de auteur toe deze band tijdens zijn leven te concretiseren. Daarnaast vindt deze stelling steun in de parlementaire voorbereiding van de oude Auteurswet en wordt deze ook in de (schaarse) huidige Belgische rechtspraak verdedigd²¹. Ten slotte is deze stelling in overeenstemming met het principe van de overgang *mortis causa* vermits de rechtsopvolgers van de auteur de nalatenschapsgoederen verkrijgen in de staat waarin deze zich bevinden op het ogenblik van diens overlijden en dus overeenkomstig de wijze waarop de erflater-auteur deze rechten tijdens leven heeft geconcretiseerd. De titularissen *post mortem auctoris* verkrijgen krachtens de erfovergang niet minder, maar ook niet meer rechten (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*).

IV. HET BELANG VAN TESTAMENTAIRE BESCHIKKINGEN

12. Teneinde discussies over de uitoefening van de morele rechten *post mortem auctoris* te vermijden verdienen testamentaire beschikkingen aanbeveling. Samen met prof. dr. Walter Pintens heb ik hier ruim aandacht aan besteed in een bijdrage voor het *liber amicorum* van professor Johan Verstraete²².

Eerst en vooral is het aangewezen de houders van de morele rechten *ad nominatim* aan te wijzen in het testament. De testator-auteur is immers het best geplaatst om te oordelen wie de meest geschikte persoon is ter verdediging van de morele belangen in zijn werk. De testator-auteur geniet in beginsel een onbeperkte testeervrijheid. Zo kan hij bijvoorbeeld één of meerdere houders van de morele rechten aanduiden, een rangorde tussen hen opstellen of zelfs clausuleren dat na het overlijden van de eerste begunstigde de morele rechten zullen worden uitgeoefend door een tweede *ad nominatim* aangeduide begunstigde. Heeft de testator-auteur geen houders van zijn morele rechten aangeduid of deze

²¹ Zie C. DECLERCK, *Litteraire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, p. 313, nrs. 394-395.

²² Zie hierover W. PINTENS en C. DECLERCK, “Testamentaire clausules over morele auteursrechten” in *Libera amicorum Johan Verstraete*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 263-275 met voorbeelden van clausules.

aanvaarden niet, dan worden deze rechten uitgeoefend door de personen die volgens de wettelijke devolutieregels in aanmerking komen. Stelt de testator-auteur meerdere houders aan en allen aanvaarden, dan is het aangewezen om eveneens een regeling te treffen over de wijze waarop deze rechten na overlijden moeten worden uitgeoefend.

Verder is het raadzaam specifieke clausules te redigeren omtrent de uitoefeningswijze van de morele rechten *post mortem auctoris*. Hoewel uit het wezen van de morele rechten voortvloeit dat de bedoelingen en de wil van de erflater-auteur worden nageleefd, kunnen na zijn overlijden betwistingen rijzen omtrent de concrete uitlegging van diens wil. Specifieke voorzieningen in het testament kunnen dit euvel voorkomen. Door bijkomend een testamentuitvoerder aan te stellen, kan de auteur ervoor zorgen dat zijn testament correct zal worden uitgevoerd.

V. BESLUIT

13. Wat nu met de werken van Roald Dahl? Aangezien Roald Dahl is overleden in 1990 staat het buiten kijf dat zijn werken nog steeds auteursrechtelijk beschermd zijn. Bovendien zijn de morele rechten van Roald Dahl en in het bijzonder diens integriteitsrecht *in casu* in het geding. Het betreft immers overduidelijk een kwestie van onvervreemdbaar moreel recht dat de grenzen van gewone editoriale aanpassingen bij een nieuwe uitgave overschrijdt. Ook in het Engelse recht is in een integriteitsrecht *post mortem auctoris* voorzien. Dit recht is weliswaar beperkt qua inhoud en omvang, maar de aan de werken aangebrachte wijzigingen kunnen hieronder mogelijk worden begrepen.

Het werk van Roald Dahl *in globo* in ogenschouw genomen alsook andere verschillende concrete aanwijzingen maken duidelijk dat de aanpassingen mogelijk niet in overeenstemming zijn met de wil van de auteur²³. Discussies hierover hadden kunnen worden vermeden door de opmaak van een testament. Dit is vermoedelijk niet gebeurd.

De erfgenamen van Roald Dahl zouden in eerste instantie kunnen (re)ageren tegen de aangebrachte wijzigingen. Zij huldigen zich evenwel in stilzwijgen. *Queen Camilla* dwong uitgeverij *Puffin* finaal tot een andere aanpak²⁴. Zowel de originele als de nieuwe versie van de werken van Roald Dahl zal voor de Engelse lezer beschikbaar blijven. Dubbele winst voor de uitgever aldus. Maar of dit is wat Roald Dahl écht gewild zou hebben is maar de vraag ...

²³ Zie D. STURROCK, *Storyteller. The Life of Roald Dahl*, HarperPress, 2010, i.h.b. p. 555-557.

²⁴ Zie hierover C. TOMINEY, "Thank heavens for Queen Camilla, who saved Britain from Roald Dahl censorship", *The Telegraph*, 25 februari 2023.

HUWEN ONDER HET STELSEL VAN GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN WORDT FISCAAL AFGESTRAFT IN DE ERFBELASTING

Jozef DECUYPER

Wanneer jonge mensen in het huwelijk treden, wordt er vaak onterecht gedacht dat het opstellen van een huwelijkscontract niet nodig is, zeker wanneer er nog geen bezittingen zijn. Gelukkig is het ondertussen ook mogelijk om tijdens het huwelijk nog een huwelijksovereenkomst af te sluiten wanneer de noodzaak zich voordoet.

Het kan echter niet ontkend worden dat het opstellen van een huwelijksovereenkomst voor het aangaan van het huwelijk zeer nuttig is. Het is immers belangrijk om vanaf de eerste dag van het huwelijk de wederzijdse rechten en plichten te regelen. Een huwelijk is niet altijd rozengeur en maneschijn, er kunnen zich ook moeilijke momenten voordoen en het is vooral bij die moeilijke momenten, zoals een echtscheiding of een overlijden, dat de huwelijksovereenkomst haar nut bewijst.

A. BESTAANDE HUWELIJKSSTELSLS

Het is belangrijk dat koppels die in het huwelijk willen treden zich goed informeren in verband met de mogelijke huwelijksstelsels.

1. HET WETTELIJK STELSEL

Het wettelijk stelsel kan het best omschreven worden als een gemeenschap van aanwinsten. Het berust op het bestaan van drie vermogens: het eigen vermogen van elk van beide echtgenoten en het gemeenschappelijk vermogen van beide echtgenoten¹.

1.1. Het eigen vermogen

Zonder in detail te treden, kunnen we stellen dat de goederen en schuldvorderingen die aan elk van beide echtgenoten toebehoren op de dag van het huwelijk en die welke ieder van hen tijdens het stelsel verkrijgt door een nalatenschap of een gift, eigen zijn².

¹ Zie art. 2.3.16 BW.

² Zie art. 2.3.17 BW.

Belangrijk is ook dat de echtgenoten eigen goederen kunnen inbrengen in het gemeenschappelijk vermogen.

1.2. Het gemeenschappelijk vermogen

Tot het gemeenschappelijk vermogen behoren onder meer:

- de inkomsten uit de beroepsbezigheden van elk van de echtgenoten, alle inkomsten of vergoedingen die ze vervangen of aanvullen, evenals de inkomsten uit openbare of particuliere mandaten; de opzeggingsvergoeding en andere uitkeringen waarop een echtgenoot wegens beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst gerechtigd is, voor het deel daarvan dat overeenstemt met de opzeggingstermijn die tijdens het stelsel loopt;
- de vruchten, inkomsten, interesten van hun eigen goederen;
- de goederen geschonken of vermaakt aan de twee echtgenoten samen of aan een van hen onder beding dat die goederen gemeenschappelijk zullen zijn³.

2. DE ALGEMENE GEMEENSCHAP

Echtgenoten kunnen overeenkomen dat de tegenwoordige en toekomstige roerende of onroerende goederen, geheel of ten dele tot het gemeenschappelijk vermogen zullen behoren⁴.

Komen de echtgenoten overeen dat er tussen hen algehele gemeenschap zal zijn, dan brengen zij al hun tegenwoordige en toekomstige goederen in het gemeenschappelijk vermogen, met uitzondering van die welke van persoonlijke aard zijn en van de rechten die uitsluitend aan de persoon verbonden zijn.

De algehele gemeenschap is in dat geval ook gehouden tot de schulden van de echtgenoten die dateren van voor het stelsel en de schulden ten laste van nalatenschappen en giften die hun tijdens het stelsel toevallen⁵.

3. SCHEIDING VAN GOEDEREN

Wanneer de echtgenoten bij huwelijksovereenkomst bedingen dat zij gescheiden van goederen zullen zijn, bezit ieder van hen de bevoegdheid van beheer, genot en beschikking alleen, met behoud van de toepassing van de bepalingen betreffende hun wederzijdse rechten en verplichtingen.

De inkomsten en besparingen van ieder van de echtgenoten blijven eigen goed⁶.

³ Zie art. 2.3.22, § 1 BW.

⁴ Zie art. 2.3.53, § 1 BW.

⁵ Zie art. 2.3.54 BW.

⁶ Zie art. 2.3.61 BW.

B. VRIJHEID VAN CONTRACT

De echtgenoten kiezen of wijzigen vrij hun huwelijksstelsel in een contract dat “huwelijksvereenkomst” wordt benoemd, voor zover zij niets bedingen dat strijdig is met een dwingende regel of met de openbare orde, of met het vereiste van coherentie van hun huwelijksstelsel⁷.

Deze regel is van enorm belang. Voor de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976 was de in het huwelijkscontract gemaakte keuze bindend en onveranderbaar voor de ganse duur van het huwelijk. Overstappen van het ene naar het andere huwelijksvermogensstelsel was niet mogelijk. Indien de samenstelling van het vermogen tijdens het huwelijk grondig veranderde, was het niet mogelijk om het stelsel aan te passen of om van stelsel te veranderen.

Nu kunnen de echtgenoten tijdens het huwelijk hun huwelijksvermogensstelsel wijzigen naar goeddunken en zelfs een ander stelsel aannemen. Een voorafgaande boedelbeschrijving van alle roerende en onroerende goederen en van de schulden van de echtgenoten is vereist indien de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel de vereffening van het vorige stelsel tot gevolg heeft⁸.

C. TOEBEDELING VAN HET VERMOGEN BIJ ONTBINDING VAN HET HUWELIJK DOOR OVERLIJDEN

1. GEMEENSCHAPPELIJK VERMOGEN

Indien de echtgenoten gehuwd zijn onder het stelsel van gemeenschap kunnen ze overeenkomen dat de langstlevende of een van hen indien hij het langst leeft, bij de verdeling een ander deel dan de helft, of zelfs het gehele vermogen, zal ontvangen (ongelijke verdeling). Ook kunnen ze overeenkomen dat de langstlevende of een van hen indien die het langst leeft, het recht zal hebben om vóór de verdeling, hetzij een bepaalde geldsom, hetzij bepaalde goederen in natura, hetzij een hoeveelheid of een percentage van een bepaalde categorie van goederen vooraf te nemen uit het gemeenschappelijk vermogen (vooruitmaking)⁹.

2. SCHEIDING VAN GOEDEREN

Echtgenoten die kiezen voor het stelsel van scheiding van goederen kunnen aan dit stelsel alle bedingen toevoegen die met dat stelsel verenigbaar zijn.

⁷ Zie art. 2.3.1 BW.

⁸ Zie art. 2.3.8, §§ 1 en 2 BW.

⁹ Zie art. 2.3.56 en 2.3.55 BW.

Zij kunnen onder meer bedingen toevoegen met betrekking tot de bewijsvoering, tussen hen, van exclusief eigendomsrecht, met betrekking tot het bewijs van vorderingen die de ene tegen de andere kan invoeren, en bedingen toevoegen ter nadere regeling van enige onverdeeldheid of doelvermogen die tussen hen zou bestaan.

Zij kunnen ook bedingen opnemen die ertoe strekken een verrekening tussen hun vermogens te verwezenlijken, met name door toevoeging van een beding van verrekening van aanwinsten¹⁰.

De echtgenoten kunnen aldus bedingen dat bepaalde goederen die hun in onverdeeldheid of zelfs als eigen goed toebehoren, bij overlijden van een van hen voor de geheelheid in volle eigendom aan de overlevende echtgenoot zullen toekomen.

D. PLANNING

De mogelijkheid om tijdens het huwelijk het huwelijksstelsel te wijzigen heeft er voor gezorgd dat de huwelijksovereenkomst als een planningsinstrument gebruikt wordt, zowel op het civiele als op het fiscale vlak.

Op burgerrechtelijk vlak laat het toe om bij overlijden van een van de echtgenoten de andere echtgenoot op de best mogelijke manier te beschermen tegen de aanspraken van zowel de gemeenschappelijke als van de niet gemeenschappelijke kinderen.

Op het fiscale vlak laat het toe om de overdracht naar de langstlevende echtgenoot en naar de volgende generatie zo fiscaal vriendelijk mogelijk te maken.

Om de fiscale planning een halt toe te roepen heeft de wetgever het begrip “fiscaal misbruik” nieuw het leven ingeblazen (zie art. 3.17.0.0.2 VCF en art. 106 W.Succ. samen gelezen met art. 18 W.Reg.).

E. FISCAAL MISBRUIK (VLAAMS GEWEST)

Elke rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen, gesteld vanaf 1 juni 2012, kan worden afgetoetst aan de algemene antimisbruikbepaling, thans vervat in artikel 3.17.0.0.2 VCF.

Om de algemene antimisbruikbepaling zoals vervat in artikel 3.17.0.0.2 VCF te kunnen aanwenden, moet de Vlaamse Belastingdienst enerzijds aantonen dat de belastingplichtige een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen stelt dat eenzelfde verrichting tot stand brengt (objectief element) en anderzijds dat

¹⁰ Zie art. 2.3.64, § 1 BW.

het doorslaggevende, zo niet exclusieve, motief erin bestaat belasting te ontwijken (subjectief element).

De verrichting maakt geen fiscaal misbruik uit indien er ook niet-fiscale motieven aan ten grondslag liggen.

Herkwalificatie is mogelijk indien de belastingplichtige niet kan aantonen dat de geïsoleerde verrichtingen ook niet-fiscale doelstellingen hebben, en dat deze niet-fiscale doelstellingen voldoende opwegen tegen de fiscale motieven.

Met betrekking tot de erfbelasting worden hoofdzakelijk de wijzigingen aan de toedeling van de goederen die deel uitmaken van het gemeenschappelijk vermogen of van het eigen vermogen van de echtgenoten gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen onder de loep genomen.

F. FISCALE DISCRIMINATIE VAN ECHTGENOTEN GEHUWD ONDER HET STELSEL VAN GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN

1. ECHTGENOTEN GEHUWD ONDER HET STELSEL VAN GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN

Krachtens artikel 2.7.1.0.4 VCF worden de huwelijksvoordelen die de langstlevende echtgenoot verkrijgt en die niet aan de regelen betreffende de schenkingen onderworpen zijn, belast met de erfbelasting in de mate dat ze de helft van het gemeenschappelijk vermogen te boven gaan.

Volgens de regels van het gemeen recht worden deze huwelijksvoordelen verkregen bij huwelijksvereenkomst, zegge onder bezwarende titel¹¹.

De gelijkstelling met een legaat was dus nodig om de successiebelasting opeisbaar te maken. De opeisbaarheid van het recht wordt echter afhankelijk gesteld van twee voorwaarden: de langstlevende echtgenoot moet het voordeel verkrijgen ingevolge een beding waarbij van de gelijke verdeling van het gemeenschappelijk vermogen wordt afgeweken, en dit beding mag niet aan de regelen betreffende de schenkingen onderworpen zijn.

Volgens de regels van het huwelijksvermogensrecht in voege sedert de wet van 19 januari 2022 (in voege sinds 1 juli 2022) kan artikel 2.7.1.0.4 VCF van toepassing zijn:

- op het beding van vooruitmaking (art. 2.3.52 en 2.3.55 BW);
- op het beding van ongelijke verdeling (art. 2.3.52 en 2.3.56 BW);

¹¹ Zie art. 2.3.52 BW. In de gevallen opgenomen in de artikelen 2.3.55, 2e lid, 2.3.57 en 2.3.58 van het BW wordt op deze regel een uitzondering gemaakt.

- op het beding van verblijving van het gehele gemeenschappelijk vermogen (art. 2.3.52 en 2.3.56 BW)¹²;
- op het beding van toekenning van een vaste som, indien de echtgenoten een dergelijk beding zouden hebben gemaakt.

Op het fiscale vlak zal dus naast het eigen vermogen van de overleden echtgenoot ook steeds de helft van het gemeenschappelijk vermogen ontworpen worden aan de erfbelasting, hetzij via de overbedeling aan de langstlevende echtgenoot, hetzij via de nalatenschap waarin het niet aan de langstlevende echtgenoot toebedeelde deel terechtkomt.

2. ECHTGENOTEN GEHUWD ONDER HET STELSEL VAN SCHEIDING VAN GOEDEREN

Echtgenoten die kiezen voor het stelsel van scheiding van goederen kunnen aan dit stelsel alle bedingen toevoegen die met dat stelsel verenigbaar zijn.

Zij kunnen onder meer bedingen toevoegen met betrekking tot de bewijsvoering, tussen hen, van exclusief eigendomsrecht, met betrekking tot het bewijs van vorderingen die de ene tegen de andere kan inroepen, en bedingen toevoegen ter nadere regeling van enige onverdeeldheid of doelvermogen die tussen hen zou bestaan.

Zij kunnen ook bedingen opnemen die ertoe strekken een verrekening tussen hun vermogens te verwezenlijken, met name door toevoeging van een beding van verrekening van aanwinsten.

De artikelen 2.3.57 tot 2.3.60 BW zijn van overeenkomstige toepassing¹³.

De echtgenoten kunnen aldus bij huwelijksvereenkomst een huwelijksvoordeel toekennen aan de andere echtgenoot voor zover dit met het stelsel verenigbaar is. Ze kunnen onder meer overeenkomen dat bij het overlijden van een van hen de langstlevende echtgenoot bepaalde of zelfs alle goederen zie ze samen in onverdeeldheid bezitten, toebedeeld krijgt. Zelfs de toekenning van een eigen goed van de overleden echtgenoot aan de overlevende echtgenoot behoort tot de mogelijkheden.

Een huwelijksvoordeel wordt burgerrechtelijk gedefinieerd als een voordeel dat voor één van de echtgenoten ontstaat uit de wijze van samenstelling, werking, vereffening of verdeling (en verrekening) van het huwelijksvermogensstelsel. Dergelijk voordeel wordt erkend in het Belgisch huwelijksvermogensrecht.

De vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel gaat steeds de vereffening en verdeling van de nalatenschap vooraf. Derhalve kan een

¹² Zie J. DECUYPER en J. RUYSSSEVELDT, *Successierechten 2020-2023*, Mechelen, Wolters Kluwer, nrs. 914 tot 916.

¹³ Zie art. 2.3.64, § 1 BW.

verkrijging op basis van het huwelijksvermogensrecht nooit een erfrechtelijke verkrijging zijn.

Er is *in casu* geenszins sprake van een schenking. Een huwelijksvoordeel is overigens civielrechtelijk nooit een schenking en bij uitbreiding geen contractuele erfstelling, ongeacht de concrete beweegreden om een huwelijksvoordeel in het huwelijkscontract op te nemen¹⁴. Een huwelijksvoordeel wordt steeds gekwalificeerd als een niet-schenking. Deze kwalificatie is objectief en derhalve ongeacht de intenties en bedoelingen van de partijen. Een intentie om te begiftigen (zgn. *animus donandi*) kan dergelijke kwalificatie als niet-schenking niet wijzigen. Het bewijs dat er sprake zou zijn van een intentie om te begiftigen mag zelfs niet geleverd worden¹⁵.

De civielrechtelijke kwalificatie werkt ook door in het fiscaal recht. Dit is vaststaande rechtsleer en rechtspraak. Het fiscaal recht moet derhalve de kwalificatie als niet-schenking aanvaarden, tenzij een specifieke en uitdrukkelijke bepaling van fiscaal recht daar zou van afwijken.

Vermits een huwelijksvoordeel geen erfrechtelijke verkrijging is, kan er ze niet belast worden op grond van artikel 2.7.1.0.2 VCF. Er kan evenmin belast worden op grond van artikel 2.7.1.0.4 VCF vermits de echtgenoten niet gehuwd zijn onder het stelsel van gemeenschap van goederen, één van de grondvoorwaarden.

3. FISCALE DISCRIMINATIE

Er bestaat onmiskenbaar een groot verschil in de fiscale benadering van de toedeling van het gezinsvermogen aan de langstlevende echtgenoot tussen echtgenoten gehuwd onder een stelsel van gemeenschap van goederen en echtgenoten gehuwd onder het stelsel van scheiding van goederen. Dit verschil leidt tot een flagrante fiscale discriminatie.

Het is dus zaak van de toekomstige echtgenoten om goed na te denken met betrekking tot het huwelijksvermogensstelsel dat ze kiezen. Het Burgerlijk Wetboek voorziet wel in de mogelijkheid om tijdens het huwelijk over te stappen naar een ander stelsel maar of dit een oplossing biedt voor de fiscaliteit, is en blijft de vraag.

4. IS OVERSTAPPEN VAN EEN GEMEENSCHAPSTELSEL NAAR EEN SCHEIDING VAN GOEDEREN EEN OPLOSSING?

Overstappen van een gemeenschapsstelsel naar een stelsel van scheiding van goederen en daaraan een toedeling aan de langstlevende koppelen, zou inder-

¹⁴ Zie H. CASMAN en A. VERBEKE, “Het toekenningsbeding bij scheiding van goederen”, *TEP* 2022, afl. 1, (3) 3.

¹⁵ Zie GwH (toen nog Arbitragehof) 23 november 2005, arrest nr. 170/2005, nr. B.5.2.

daad een oplossing kunnen zijn. Maar, hier zullen we wellicht botsen we op de muur van het fiscale misbruik, als we vaststellen dat zoals in de hierna geciteerde voorafgaande beslissing van het Vlaamse besluitvormingsorgaan, de uitbreng uit het gemeenschappelijk vermogen gevolgd door een kanscontract reeds voldoende is om fiscaal misbruik op te werpen.

5. VOORAFGAANDE BESLISSING (VLAANDEREN)

Voorafg.Besl. 22037 – Uitbreng gemeenschappelijk vermogen gevolgd door een kanscontract¹⁶

5.1. Doelstelling van de verrichting

De echtgenoten, die gehuwd zijn onder het stelsel van de wettelijke gemeenschap bij gebrek aan huwelijkscontract, wensen een pakket aandelen dat behoort tot het gemeenschappelijk vermogen, uit te brengen uit die gemeenschap.

De aandelen zullen in onverdeeldheid toebehoren aan de beide echtgenoten, elk voor de helft.

Gelijktijdig met deze uitbreng wensen de echtgenoten onderling een beding van aanwas te sluiten betreffende de voormelde aandelen, waarbij zij bij wijze van kanscontract onder bezwarende titel overeenkomen dat bij het overlijden van de eerststervende van hen beiden, zijn of haar (onverdeelde) aandelen zullen toekomen aan de langstlevende van hen beiden.

De echtgenoten hebben dezelfde leeftijd en een goede gezondheid. De inleg van het kanscontract is gelijk.

De echtgenoten hebben samen geen kinderen. De man heeft een dochter uit een vorige relatie.

5.2. Niet-fiscale motieven

Een beding van aanwas is niet eenzijdig herroepelijk, het is enkel wijzigbaar mits toestemming van beide partijen. Een uitzondering werd voorzien voor het geval van echtscheiding, doch in dat geval vervalt ook de wens om de langstlevende te beschermen.

De dochter van de heer X kan de toebedeling niet aanvechten op basis van inkorting, hetgeen een belangrijk voordeel is.

¹⁶ Besl. 24 oktober 2022, gepubliceerd op 10 november 2022.

De echtgenoten hebben de zekerheid dat zij de goederen in natura bekomen bij het overlijden van de eerste van hen. Deze zekerheid kan niet gerealiseerd worden door middel van een legaat vermaakt in een testament (aangezien dit steeds eenzijdig herroepbaar en vatbaar is voor inkorting door de kinderen) noch door een schenking die tussen echtgenoten steeds herroepbaar is (tenzij ze zou worden verleden bij huwelijkscontract, doch deze schenking is ook vatbaar voor inkorting door de dochter).

5.3. Beoordeling

Het besluitvormingsorgaan kan zich vinden in een doordachte successieplanning (keuze voor de minst belaste weg) voor zover deze planning de fiscale regels neergelegd in de VCF respecteert. De voorgenomen verrichting maakt echter fiscaal misbruik uit in de zin van artikel 3.17.0.0.2 VCF gelet op het feit dat het sluiten van het kanscontract binnen korte termijn (eenheid van opzet) volgt op de uitbreng van goederen van het gemeenschappelijk vermogen. Zonder de uitbreng van de goederen van het gemeenschappelijk vermogen kan er geen beding van aanwas/kanscontract worden gesloten. Er moet immers sprake zijn van eigen of onverdeelde goederen van de echtgenoten. Door de geplande opeenvolgende verrichtingen plaatsen de echtgenoten zich buiten het toepassingsgebied van de schenk- en erfbelasting.

Meer bepaald plaatsen de aanvragers zich buiten het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.4 VCF.

Bovendien wegen de niet-fiscale motieven die aan de contracten ten grondslag liggen onvoldoende op tegen de fiscale motieven.

Vlabel zal daarom met de voorgenomen verrichtingen (uitbreng uit het gemeenschappelijk vermogen en het sluiten van een kanscontract m.b.t. de uitgebrachte goederen) geen rekening houden bij het overlijden van de eerststervende.

G. BESLUIT

Het wordt dringend tijd om deze discriminatie weg te werken, liefst door alles wat de langstlevende echtgenoot verkrijgt ingevolge de ontbinding van het gemeenschappelijk vermogen of uit de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot, volledig van de erfbelasting vrij te stellen.

DE MINDERJARIGE (OF ANDERE BESCHERMDE PERSONEN) EN HET GEBRUIK VAN DE WEDERZIJDSE VERKOOP-/AANKOOPBELOFTE

Hans DE DECKER

I. INLEIDING

Ter voorbereiding van een bijdrage die mij gevraagd was voor een studiedag over “de verkoopovereenkomst”, door de Nederlandstalige Raad van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat georganiseerd in Leuven op 2 december 2000, stelde ik mij de vraag of er geen valabel alternatief kon worden gevonden voor de traditionele onderhandse verkoopovereenkomst, het zogenaamde “compromis”. Immers, in de notariële praktijk worden we, bij de verdere voorbereiding van het vastgoeddossier dus nadat het “compromis” werd getekend, haast dagelijks geconfronteerd met een aantal nadelen en beperkingen van zo’n onderhandse verkoopovereenkomst.

Ik doel hier in de eerste plaats op de burger- en fiscaalrechtelijke rigiditeit van zo’n onderhandse verkoopovereenkomst: de persoon van de koper staat vast en kan niet meer, op een eenvoudige manier, worden gewijzigd. De overeenkomst dient in principe binnen de vier maanden gevolgd te worden door het verlijden van de notariële akte, zo niet dient die onderhandse overeenkomst zelf geregistreerd te worden en moeten de registratierechten al worden betaald. Als partijen uiteindelijk in onderling akkoord besluiten dat de verkoop toch geen doorgang kan vinden, dan brengt dat – om fiscaal neutraal te zijn – een aantal formaliteiten met zich mee. Als bij de verdere voorbereiding van het dossier op het notariskantoor problemen de kop opsteken die de goede afwikkeling van de vastgoedtransactie in de weg staan – denk maar aan een koper die uiteindelijk geen financiering kan bekomen, of aan een eigendom dat na bijkomende opzoekingen over-gehypothekeerd blijkt, of bezwaard met een stedenbouwkundige overtreding waarvan zelf de verkoper niet op de hoogte was, enzovoort – is vaak een rechterlijke tussenkomst vereist om geen fiscale “kater” aan het dossier over te houden. En soms zijn, op het ogenblik dat partijen een akkoord bereiken, nog niet alle wettelijk voorgeschreven stukken voorhanden maar wensen partijen wel al een schriftelijk en zo mogelijk afdwingbaar wederzijds engagement, op papier te zetten!

Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat, naar het aanvoelen van de meeste particulieren, die onderhandse verkoopovereenkomst slechts een beperkte waarde heeft, een “voorlopig” papiertje als het ware, maar dat de verkoop

zelf pas definitief is als de notariële akte wordt getekend. Pas op dat ogenblik zal alles grondig uitgeklaard zijn en zijn beide partijen – koper en verkoper – zeker dat alle gebeurlijke problemen van de baan zijn. Pas op dat ogenblik wil de koper dan ook de prijs betalen en de verkoper zijn eigendom aan de koper overdragen. De juridische realiteit is evenwel totaal anders!

Aangezien de gebruikelijke onderhandse verkoopovereenkomst naar mijn oordeel dus slechts een onvolkomen oplossing biedt voor wat de burger van een vastgoedtransactie verwacht en mag verwachten, ging ik op zoek naar een valabel alternatief en kwam uit op de wederzijdse verkoop-/aankoopbelofte, gekoppeld aan de verkoop als plechtig contract waarbij de verkoop zelf pas tot stand komt bij het verlijden van de notariële akte¹, hierna systematisch WOP genoemd. En ik denk dat het niet overdreven is te stellen dat inmiddels, zeker in de provincie Antwerpen, de WOP in grote mate de plaats heeft ingenomen van het traditionele “compromis”, tot tevredenheid van de gebruikers die voornamelijk de flexibiliteit van dit instrument kunnen waarderen.

Nu is deze WOP, die overigens al ook al door het Comité voor Studie en Wetgeving werd bestudeerd in een tweetal dossiers², niet het onderwerp van deze korte studie, maar wel de vraag of de WOP, mits het gebruik van de juiste clausules, ook niet een interessante oplossing kan bieden ter structurering van vastgoedtransacties waarbij minderjarigen, of andere beschermde personen, betrokken zijn.

II. DE PROBLEEMSTELLING

Als we te maken krijgen met een vastgoeddossier, waarbij de verkoper – of één van de verkopers – een minderjarige is (art. 1186, 1187 en 1193bis Ger.W.) of een andere beschermde persoon³, en het aangewezen is het onroerend goed veeleer uit de hand te verkopen dan wel openbaar⁴, is er steeds een voorafgaande rechterlijke⁵ machtiging vereist. Hetzelfde geldt als het onroerend goed deel uitmaakt – geheel of ten dele – van een onbeheerde nalatenschap of van een nala-

¹ Zie hierover o.m. H. DE DECKER, “20 jaar ervaring met de WOP, de wederzijdse verkoop/aankoopbelofte” in *Jaarboek 2020, VLANOT by FEDNOT*, Brussel, Larcier – Intersentia, 2021, p. 43-107.

² Dossier 6371: “De wettelijke informatieplichten van onroerende goederen – uitstel door de wederzijdse verkoop- en aankoopbelofte en de vraag naar de rechtsgeldigheid hiervan”, *Verslagen CSW*, Brussel, Larcier – Intersentia, 2016/1, p. 377-415, en Dossier 4443: “Gekruiste opties. Fiscaal misbruik?”, *Verslagen CSW*, Brussel, Larcier – Intersentia, 2022/2, p. 99-114.

³ Zoals een persoon die onder bewind staat en die onbekwaam werd verklaard om zijn onroerende goederen te vervreemden (art. 492/1 oud BW), een persoon die vermoedelijk afwezig is en over wie een gerechtelijk bewindvoerder werd aangesteld (art. 115 oud BW) of een persoon die geïnterneerd is (art. 30 wet 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en de gewoontemisdadigers).

⁴ Openbare verkoping die immers de door de wetgever voorgeschreven wijze van verkoping is voor die onroerende goederen: zie art. 1186, 1187, 1189, 1189/1 en 1190 Ger.W.

⁵ Voor de minderjarigen en de andere reeds genoemde beschermde personen is dat de vrederechter (art. 1186, 1187 en 1193bis Ger.W.).

tenschap die aanvaard werd onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 1189, 1189/1 en 1193*bis* Ger.W.), dan wel van een failliete boedel (art. 1190 en 1193*ter* Ger.W.)^{6,7}. Die machtiging mag enkel verleend worden indien het belang van de beschermde persoon of personen vereist dat veeleer uit de hand dan wel openbaar wordt verkocht, inzonderheid omdat aldus een prijs kan worden bekomen die wellicht hoger ligt dan de prijs die bij een openbare verkoping kan worden behaald.

Aangezien die machtiging geldt op straffe van nietigheid – nietigheid die weliswaar relatief is in die zin dat enkel de beschermde persoon zich erop kan beroepen, dan wel hieraan verzaken – en dus vereist is opdat de verkoop zelf geldig zou kunnen tot stand komen, kan het bekomen van die machtiging in hoofde van de beschermde persoon volgens de haast unanieme rechtsleer en rechtspraak alvast geen opschortende voorwaarde uitmaken, en moet die machtiging voorliggen alvorens er van een verkoop sprake kan zijn. De beschermde persoon kan zich dus niet verbinden, zelfs niet onder opschortende voorwaarde van het bekomen van de machtiging, maar de vertegenwoordiger van de beschermde persoon dient eerst een machtiging te bekomen alvorens een verkoopovereenkomst of een WOP voor rekening van de beschermde persoon kan worden ondertekend.

Traditioneel wordt, in dergelijke situaties, dan ook gewerkt met een eenzijdig bod, uitgaande van de kandidaat-koper, waarin op gedetailleerde wijze alle voorwaarden worden weergegeven waartegen die kandidaat-koper bereid is het onroerend goed aan te kopen. En gewapend met dit bod vraagt de vertegenwoordiger van de beschermde persoon dan bij de bevoegde rechter om een machtiging. Aangezien het gaat om een eenzijdig bod van de kandidaat-koper, en de beschermde persoon – als kandidaat-verkoper – nog geen enkele verbintenis op zich heeft genomen, brengt deze manier van werken op geen enkele wijze de vrijheid van de rechter in het gedrang om het dossier te beoordelen op zijn merites ten aanzien van de beschermde persoon, en om de machtiging al dan niet toe te staan. De rechten van de beschermde persoon zijn dus ten volle gevrijwaard, dus waarom dan op zoek gaan naar een alternatief?

Het is inderdaad zo dat, bij gebruik van de hierboven geschetste werkwijze, de belangen van de beschermde persoon ten volle gevrijwaard zijn. Maar als notaris – openbaar ambtenaar die de eed heeft afgelegd dat hij zijn ambt nauwgezet en eerlijk zal vervullen (art. 47 Organieke Wet Notariaat – moet je niet alleen oog hebben voor de rechten van de beschermde persoon, maar voor de rechten van alle partijen die bij de rechtshandeling betrokken zijn (art. 1, derde

⁶ In deze situatie kan men stellen dat de “beschermde personen” de nog onbekende erfgenamen en de schuldeisers zijn van de onbeheerde nalatenschap, de schuldeisers van de onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap, en de schuldeisers van de failliete boedel.

⁷ Als het onroerend goed geheel of gedeeltelijk deel uitmaakt van een onbeheerde nalatenschap of een nalatenschap die onder voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard, moet de machtiging gevraagd worden aan de familierechtbank (art. 1189, 1189/1 en 1193*bis* Ger.W.), en behoort het onroerend goed geheel of ten dele tot een failliete boedel dan is de ondernemingsrechtbank bevoegd (art. 1193*ter* Ger.W.).

lid Organieke Wet Notariaat). Indien de beschermde persoon de enige eigenaar is van het onroerend goed, voorwerp van de vastgoedtransactie, is de hoger geschetste werkwijze perfect. De kandidaat-koper weet van bij de aanvang dat zijn tegenpartij onder een – op dwingende wijze geregeld – beschermend statuut staat, en zal hiervan de gevolgen moeten ondergaan. Enkel het belang van de beschermde persoon zal voor de rechter doorslaggevend zijn om de machtiging al dan niet te verlenen.

Maar heel anders is de situatie indien de beschermde persoon niet de enige eigenaar is van het onroerend goed, maar het onroerend goed aan meerdere personen toebehoort, waaronder de beschermde persoon. Als er in die situatie een akkoord tot stand komt tussen de bekwame kandidaat-verkopers en een kandidaat-koper, dienen zowel die bekwame kandidaat-medeverkopers als de kandidaat-koper rekening te houden met het statuut van de beschermde persoon (kandidaat-medeverkoper) en zijn en blijven ze dus wel degelijk afhankelijk van het bekomen van de machtiging om de transactie te kunnen realiseren. Maar, anders dan de beschermde persoon, kunnen de bekwame kandidaat-medeverkopers zich wel degelijk onmiddellijk tegenover de kandidaat-koper verbinden, en is dit ook ongetwijfeld de intentie van zowel die bekwame kandidaat-medeverkopers als van de kandidaat-koper. En hieraan wordt volledig voorbijgegaan, indien gewerkt wordt met een eenzijdig bod, enkel uitgaande van de kandidaat-koper! Immers, als nadien één van die bekwame kandidaat-medeverkopers weigert te verkopen, staat de kandidaat-koper nergens. Als notaris, die oog moet hebben voor en rekening moet houden met de belangen van alle partijen die bij de rechtshandeling betrokken zijn, schiet je mijns inziens dus tekort, als je in deze situatie de partijen aanraadt te werken met een eenzijdige optie, enkel uitgaande van de kandidaat-koper.

III. VOORSTEL VAN OPLOSSING

Ik heb mij de vraag gesteld of een WOP, met een aangepaste formulering, geen geschikte oplossing kan bieden voor het hiervoor gestelde probleem, en ben tot de conclusie gekomen dat dit wellicht zo is⁸. Immers, bij gebruik van de WOP stellen we het tot stand komen van de verkoop alvast uit tot aan het ogenblik waarop de notariële akte vaststellende de verkoop wordt verleden, en dat is uiteraard pas nadat de vereiste rechterlijke machtiging werd bekomen. Dus ook in hoofde van de bekwame partijen is er, bij de ondertekening van de WOP, nog geen verkoop maar enkel de verbintenis om tot het sluiten van de verkoop over te gaan zodra alle vooropgestelde voorwaarden zich gerealiseerd hebben en minstens één van beide partijen zijn optie licht, dus aanspraak maakt op de nakoming, door de tegenpartij, van de toegezegde verbintenis. Dit beantwoordt

⁸ H. DE DECKER, “20 jaar ervaring met de WOP, de wederzijdse verkoop/aankoopbelofte” in *Jaarboek 2020, VLANOT by FEDNOT*, Brussel, Larcier – Intersentia, 2021, p. 60, randnummer 27bis (*Quid* indien de kandidaat-verkoper een ‘beschermde persoon’ is?).

mijns inziens perfect aan het stramien dat de wetgever voor ogen had. En, waar het bekomen van een machtiging, zoals hoger uiteengezet, geen opschortende voorwaarde kan zijn in hoofde van de beschermde persoon, verzet er zich uiteraard niets tegen dat het bekomen van die machtiging wél degelijk een opschortende voorwaarde kan uitmaken in hoofde van de andere, bekwame partijen! Dit is dan ook de weg die we bewandelen bij het zoeken naar een oplossing voor de gestelde problematiek (zie verder).

Bij het op punt stellen van de overeenkomst die de partijen moeten sluiten om de gewenste vastgoedtransactie te bewerkstelligen, mag vooral niet uit het oog worden verloren dat het voorwerp van de voorgenomen verkoop het onroerend goed in zijn geheel is, en dus niet enkel de rechten van de een of de andere verkoper in dit goed. De kandidaat-koper wil uiteraard titularis worden van het eigendomsrecht van het goed in zijn geheel, dus in de mate van het mogelijke moet dan ook met slechts één overeenkomst gewerkt worden die betrekking heeft op het onroerend goed in zijn geheel. Er is dus zo mogelijk slechts één overeenkomst met enerzijds de kandidaat-verkopers, anderzijds de kandidaat-koper, en ten slotte het onroerend goed; dit moeten we dan ook terugvinden in die overeenkomst. Het fictief opsplitsen van de overeenkomst tussen enerzijds een overeenkomst tussen de bekwame kandidaat-verkopers en de kandidaat-koper enkel met betrekking tot de rechten van die bekwame kandidaat-verkopers in het onroerend goed, en anderzijds een eenzijdige aankoopbelofte van de kandidaat-koper enkel met betrekking tot de rechten van de beschermde persoon in dat goed⁹ is dan ook, indien het anders kan, uit den boze aangezien dit de realiteit geweld aandoet.

Hoe dus bewerkstelligen dat enerzijds ook de beschermde persoon wel degelijk expliciet voorkomt in de overeenkomst als kandidaat-verkoper, aangezien het voorwerp van de overeenkomst het onroerend goed in zijn geheel is en ook de beschermde persoon uiteraard rechten heeft in dat goed, en anderzijds die beschermde persoon zich toch geenszins verbindt, aangezien hij hiertoe vooraf dient te worden gemachtigd door de rechter? De oplossing is evident en ligt voor de hand, maar is blijkbaar toch zo ongewoon dat sommige juristen het moeilijk hebben om ze te aanvaarden (zie verder): we nemen gewoon vooraan in de overeenkomst uitdrukkelijk op dat de beschermde persoon, ingevolge zijn beschikkingsonbevoegdheid, geen verbintenissen kan opnemen zoals voortspuitend uit de overeenkomst en dan ook, niettegenstaande de kwalificatie als “kandidaat-verkoper”, uit hoofde van die overeenkomst geen enkele verbintenis op zich neemt. De enige verbintenis die de vertegenwoordiger van de beschermde persoon op zich neemt, is de verbintenis om zo spoedig mogelijk, en uiterlijk

⁹ A. VAN DEN BOSSCHE, “De vrederechter en de WOP (noot bij Vred. Kapellen 23 juli 2021 en Rb. Antwerpen 11 oktober 2021)”, *Not.Fisc.M.* 2022/7, 331 (randnummer 4, *in fine*) die overigens in hetzelfde randnummer er verkeerdelijk van uitgaat dat, in het voorliggende dossier, het verschil tussen de geboden prijs uit de hand en de geschatte waarde slechts 10.000 euro zou zijn, daar waar uit de tekst zelf van het gepubliceerd vonnis van de rechtbank blijkt dat het om een verschil van maar liefst 40.000 euro ging (360.000 euro tegenover de geschatte waarde van 320.000 euro).

binnen de (bijvoorbeeld) 60 dagen na de dagtekening van de overeenkomst, een verzoek in te dienen tot het bekomen van de wettelijk voorgeschreven machtiging om de in de overeenkomst beschreven onroerende goederen mede namens de beschermde persoon te verkopen tegen de voorwaarden die in de overeenkomst zijn opgenomen, zodat de in de overeenkomst voorziene opschortende voorwaarde dienaangaande zich tijdig kan realiseren. En niettegenstaande in de overeenkomst verder steeds wordt gesproken van de kandidaat-verkoper die bepaalde verbintenissen op zich neemt, staat van bij de aanvang vast dat dit in generlei mate een (negatieve) invloed kan hebben op het vermogen van de beschermde persoon, beschermde persoon die anderzijds wel rechten ontleent uit die overeenkomst (verbintenissen vanwege de kandidaat-koper en in voorkomend geval vanwege zijn kandidaat-medeverkopers).

De geldig aangegane overeenkomsten strekken de partijen tot wet, en de rechter is ertoe gehouden de inhoud en de bewijswaarde van de door partijen gesloten overeenkomsten te eerbiedigen, tenzij een dwingende wetsbepaling zich hier tegen verzet. Aangezien het uitgangspunt van de overeenkomst is dat ze geen enkele verbintenis in hoofde van de beschermde persoon doet ontstaan, valt hoe genaamd niet in te zien op welke wijze de belangen van de beschermde persoon door het sluiten van een dergelijke overeenkomst zouden kunnen worden geschaad, noch waarom het sluiten van een dergelijke overeenkomst een inbreuk zou kunnen vormen op de dwingende wettelijke vereiste van de voorafgaande rechterlijke machtiging. En toch ... (zie verder).

Indien we dus te maken krijgen met een WOP waarbij het te verkopen onroerend goed deels toebehoort aan een beschermde persoon¹⁰, nemen we volgende clausules op in die WOP om rekening te houden met het dwingend beschermend statuut van die persoon:

- We vermelden de beschermde persoon gewoon onder de kandidaat-verkopers maar voegen, na de opsomming van die kandidaat-verkopers volgende clausule toe:

“die verklaren samen de enige eigenaars te zijn van het hierna beschreven onroerend goed, en bevoegd en bekwaam om dat eigendom te verkopen, behoudens ... (naam beschermde persoon) die ingevolge zijn beschikkingsonbevoegdheid, geen verbintenissen kan opnemen zoals voortspuitend uit deze overeenkomst en dan ook, niettegenstaande de kwalificatie als ‘kandidaat-verkoper’, uit hoofde van deze overeenkomst geen enkele verbintenis op zich neemt. De enige verbintenis die de vertegenwoordiger van ... (naam beschermde persoon) op zich neemt, is de verbintenis om zo spoedig mogelijk, en uiterlijk binnen de 60 dagen na de dagtekening van deze overeenkomst, een

¹⁰ In principe geldt hetgeen hier gezegd is ook voor de situatie waarbij de beschermde persoon alleen eigenaar is van het onroerend goed, aangezien door de aangepaste formulering die WOP dan wordt omgevormd naar een eenzijdig bod vanwege de kandidaat-koper. En *mutatis mutandis* geldt dit evenzeer indien de beschermde persoon kandidaat-koper (alleen of met anderen) is.

verzoek in te dienen tot het bekomen van de wettelijk voorgeschreven machtiging om de in deze overeenkomst beschreven onroerende goederen mede namens de beschermde persoon te verkopen tegen de voorwaarden die in deze overeenkomst zijn opgenomen, zodat de verder in deze overeenkomst voorziene opschortende voorwaarde dienaangaande, zich tijdig kan realiseren.”

- Onder de opschortende voorwaarden, die geacht worden te zijn overeengekomen in voordeel van BEIDE partijen, nemen we volgende opschortende voorwaarde op:

“Rechterlijke machtiging tot verkoop:

Als opschortende voorwaarde geldt, ingevolge het hoger vermeld dwingend beschermingsstatuut van een kandidaat-verkoper die het opnemen van de uit deze overeenkomst voortspruitende verbintenissen in zijnen hoofde gewoonweg verhindert, en dit in voordeel van de overige wél contracterende partijen: het verkrijgen, voor het verstrijken van de termijn waarvoor de verkoopbelofte verleend werd, vanwege de daartoe bevoegde rechterlijke instanties, van de machtiging dat het eigendom mede namens de beschermde persoon uit de hand mag worden verkocht tegen de hierna bepaalde voorwaarden. De kosten die hiermee verband houden, vallen ten laste van de partij op wie de machtiging betrekking heeft.”

IV. EN HOE WORDT DEZE OPLOSSING ONTHAALD IN DE RECHTSPRAAK?

Het toeval wil dat wij, binnen een korte tijdspanne van een achttal maanden, geconfronteerd werden met drie verschillende dossiers waarbij telkens een beschermde persoon betrokken was¹¹ die, samen met bekwame mede-eigenaars, gerechtigd was in een onroerend goed dat diende verkocht te worden. In de drie dossiers was er, vanwege een kandidaat-koper, een bod tot aankoop uit de hand tegen een prijs die minstens gelijk was aan de schattingswaarde van het eigendom. Toeval wil ook dat, in die drie dossiers, telkens dezelfde vrederechter bevoegd was om de machtiging tot verkoop, in hoofde van de beschermde persoon, al dan niet te verlenen. In elk van de drie dossiers werd gewerkt met de hierboven beschreven techniek waarbij de verkoop uit de hand van het goed werd voorafgegaan door een WOP waarin alle mede-eigenaars werden vermeld als kandidaat-verkoper, met dien verstande dat telkens zeer uitdrukkelijk werd bepaald dat de beschermde persoon (als kandidaat-verkoper) geen verbintenissen als voortspruitend uit die WOP op zich kon nemen zonder voorafgaande rechterlijke machtiging, en dan ook geen dergelijke verbintenissen op zich nam. Wel nam de vertegenwoordiger van de beschermde persoon de verbintenis op zich om zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen de 60 dagen volgend op de dagtekening van de WOP, een verzoek tot machtiging in te dienen tot verkoop, mede

¹¹ In het eerste en het derde dossier ging het om een persoon die onder bewind gesteld was, in het tweede dossier om een minderjarige waarvoor, na overlijden van vader, de moeder optrad als wettelijk vertegenwoordiger.

namens de beschermde persoon, van het in de WOP beschreven onroerend goed aan de in die WOP bepaalde voorwaarden. Telkens was in de WOP ook voorzien dat het bekomen van die machtiging gold als opschortende voorwaarde, niet in hoofde van de beschermde persoon (aangezien die geen enkele verbintenis op zich nam) maar enkel in hoofde van alle overige bekwame, wél contracterende partijen, zodat de in de WOP vastgelegde voorwaarden, bij het bekomen van de machtiging, wel degelijk voor alle partijen verbindend waren. Werde er geen machtiging bekomen, dan realiseerde deze opschortende voorwaarde zich niet in hoofde van de bekwame partijen en waren zij elkaar niets verschuldigd, zoals expliciet opgenomen in iedere WOP.

Niettemin weigerde de vrederechter, in elk van de drie dossiers, de gevraagde machtiging te verlenen¹², en werd zijn vonnis, telkens opnieuw, door de rechtbank van eerste aanleg tenietgedaan¹³, inhoudende tevens machtiging in hoofde van de beschermde persoon, door de rechter in beroep, om tot de gevraagde verkoop uit de hand over te gaan.

Het meest opmerkelijke is dat, in geen enkel van deze vonnissen van de vrederechter, de gevraagde machtiging wordt geweigerd omdat dit niet in het belang zou zijn van de beschermde persoon. Die vraag is klaarblijkelijk zelfs niet aan de orde en wordt ook niet onderzocht. De bezwaren van de vrederechter hebben steeds en enkel betrekking op de gebruikte en hierboven uiteengezette techniek. Niettegenstaande de uitdrukkelijke bepaling in de aanhef van de WOP dat die overeenkomst, in hoofde van de beschermde persoon, geen enkele verbintenis als voortspruitend uit die WOP doet ontstaan – bepaling die de vrederechter overigens expliciet in elk van zijn vonnissen overneemt – weigert hij systematisch de machtiging te verlenen en wel samengevat op basis van volgende overwegingen (uit het eerste vonnis):

“Het aangaan van de wederzijdse aan- en verkoopbelofte schendt het voorafgaandelijk karakter van de machtiging in die zin dat de vrederechter elke beoordelingsmarge wordt ontnomen en hij, op straffe van het in gang zetten van het contractueel sanctioneringsmechanisme van de onderhandse overeenkomst, enkel de reeds overeengekomen en contractueel vastgestelde voorwaarden kan aanvaarden¹⁴.

¹² Vred. Kapellen 23 juli 2021, *Not.Fisc.M.* 2022/7, 334-337; Vred. Kapellen 28 december 2021, rolnummer 21B657, niet gepubliceerd; Vred. Kapellen 21 maart 2022, rolnummer 22B184, niet gepubliceerd.

¹³ Rb. Antwerpen 11 oktober 2021, *Not.Fisc.M.* 2022/7, 337-338; Rb. Antwerpen 24 februari 2022, rolnummer 22/300/B, niet gepubliceerd; Rb. Antwerpen 30 mei 2022, rolnummer 22/947/B, niet gepubliceerd.

¹⁴ Is dit – het moeten aanvaarden van de vooraf op papier gezette voorwaarden – dan zo anders als er een eenzijdig bod van een kandidaat-koper voorligt om tegen bepaalde voorwaarden aan te kopen? Ook in die situatie kan de vrederechter de kandidaat-koper uiteraard geen andere voorwaarden opleggen, dus ook dan zal de vrederechter enkel kunnen machtigen of niet machtigen, rekening houdende met de vooraf bepaalde verkoopsvoorwaarden.

De vrederechter besluit dat het vermogen van de beschermde persoon effectief werd verbonden. Enerzijds werd het ganse onroerend goed te koop aangeboden (met inbegrip van het onverdeelde aandeel van de beschermde persoon) en anderzijds werden alle voorwaarden en modaliteiten dwingend vastgelegd tussen de kandidaat-verkopers en de kandidaat-koper. De preventieve controle van de vrederechter werd aldus uitgesloten. Een eventuele weigering om de machtiging te verlenen of een machtiging om openbaar te verkopen zal ongetwijfeld repercussies hebben op het vermogen van de beschermde persoon en/of de overige contracterende partijen nu er een voorschot werd betaald door de kandidaat-koper (sic!).”

Nadat hij kennis had gekregen van het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg waarbij zijn eerste vonnis werd tenietgedaan en waarin de rechter van eerste aanleg overwoog dat, zelfs al zou de WOP nietig zijn, dit de vrederechter niet verhindert om – als het belang van de beschermde persoon dit voorschrijft – alsnog tot de verkoop te machtigen aangezien een eventuele nietigheid aldus gedekt wordt door het verlijden van de notariële akte, overweegt hij bijkomend in zijn tweede vonnis:

“Door de automatische bevestiging te aanvaarden ontnemt de (beroeps)rechter de beschermde persoon zonder meer de mogelijkheid om bij latere bekwaamheid (meerderjarigheid, einde bewind) de nietigheid te vorderen van de onregelmatig gestelde rechtshandeling (tijdens de onbekwaamheid loopt de verjaring niet tegen de beschermde persoon) of rekening en verantwoording te vorderen. Hoewel zulks door elke rechter persoonlijk te beoordelen is, is het naar de mening van de vrederechter niet aan de rechter om zijn medewerking te verlenen aan de miskennis van de geldende wettelijke bepalingen door de wettelijke vertegenwoordiger van de beschermde persoon. Wat is de bescherming van een onbekwame persoon waard, als de door de wetgever aangeduide controleur van de minderjarige de ogen sluit voor onregelmatig gestelde rechtshandelingen?”

Dit proza van de vrederechter schoot blijkbaar ook bij de beroepsrechter van eerste aanleg in het verkeerde keelgat. Hij overwoog dan ook, meer dan terecht (tweede zaak):

“Aangezien de minderjarige geen verbintenissen op zich opneemt, is er ook geen machtiging vereist. Dat de mede-eigenaars zich wel verbinden om tot een verkoop over te gaan van een onroerend goed waarin de minderjarige een onverdeeld aandeel heeft, kan evenmin tot nietigheid leiden. Hun verbintenissen werden immers opgenomen onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van deze machtiging. Daar waar het voor een handelingsonbekwame misschien niet mogelijk is om zich zonder voorafgaande machtiging te verbinden, is dit voor de handelingsbekwame mede-eigenaars een perfect rechtsgeldige manier van werken die de belangen van de minderjarige op geen enkele wijze in het gedrang brengt. (...) De eerste rechter kon dan ook niet besluiten tot nietigheid van een overeenkomst waarin de minderjarige zich uitdrukkelijk tot niets verbindt, en waarbij enkel zijn wettelijke vertegenwoordiger de verbintenis aanging om een machtiging te vragen tot verkoop overeenkomstig de voorwaarden bedongen

in de wederzijdse belofte tot aankoop-verkoop. Dit nog los van het feit dat deze relatieve nietigheid niet door de minderjarige of haar wettelijk vertegenwoordiger werd gevorderd. Het staat vast dat door deze manier van werken de minderjarige tot niets verbonden werd, en de rechter zijn volledige beoordelingsbevoegdheid behoudt die in het belang van de minderjarige dient te gebeuren, omdat hij kan weigeren om een machtiging te verlenen om de authentieke akte te verlijden. Bij weigering kan de verkoop niet plaatsvinden en is de doelstelling van de wettelijke bepaling van voorafgaande machtiging zonder meer bereikt. (...) Er dient enkel te worden nagegaan of het verzoek tot machtiging om over te gaan tot onderhandse verkoop conform de voorgelegde ontwerp akte in het belang is van de minderjarige. (...)

BESLUIT

Als notaris moet je oog hebben voor de belangen van alle partijen die bij de rechtshandeling betrokken zijn, dus naast deze van de beschermde persoon ook de belangen van de bekwame kandidaat-medeverkopers en de belangen van de bekwame kandidaat-koper. Door partijen aan te raden te blijven werken met de tot nu toe veelal gebruikte techniek van het eenzijdig bod enkel uitgaande van de kandidaat-koper, bereik je dit doel alvast niet. De hierboven voorgestelde werkwijze beantwoordt mijns inziens wel degelijk aan deze terechte verwachting van de partijen.

En het is niet omdat een aantal vrederechters mogelijks afkerig staat tegen het bewandelen van dergelijke “nieuwe paden”, dat je hiervan dan maar moet afzien¹⁵. Dit heeft dan ook in de verste verte niets te maken met het voeren van een machtsstrijd van een notaris – althans vanuit het standpunt van die notaris – tegen een vrederechter!

¹⁵ In die zin blijktbaar: A. VAN DEN BOSSCHE, “De vrederechter en de WOP (noot bij Vred. Kapellen 23 juli 2021 en Rb. Antwerpen 11 oktober 2021”, *Not.Fisc.M.* 2022/7, 332 (randnummer 6, voorlaatste alinea en randnummer 8 (“de titanenstrijd”)). Ik kan deze auteur ook geruststellen dat de gevoerde procedures, waarbij wij als advocaat overigens een beroep konden doen op een eminent lid van het Comité voor Studie en Wetgeving, de cliënten zelf geen eurocent hebben gekost aangezien wij, als verantwoordelijke voor de gebruikte nieuwe techniek, die kosten uiteraard volledig voor onze rekening hebben genomen. Het enige wat de partijen verloren hebben, is enerzijds het tijdsverloop tussen de beslissing van de vrederechter en de beroepsrechter, en anderzijds – en veel belangrijker maar gelukkig maar tijdelijk – het vertrouwen in ons gerecht!

ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 24 APRIL 1976 ANNO 2023: HOE LASTIG ZIJN DE LASTEN VAN HET HUWELIJK?

Pieter-Jan DE DECKER

1. INLEIDING

Onderhavige bijdrage spitst zich toe op het mijlpaalarrest van het Hof van Cassatie van 24 april 1976¹, dat bijna 50 jaar na datum nog steeds actueel is. De tekst is als volgt opgebouwd. Eerst wordt het feitenrelaas besproken, nadien de redenering en het oordeel van het hof van beroep en ten slotte het standpunt van het Hof van Cassatie ten opzichte van deze redenering. Vervolgens wordt bekeken hoe het begrip “lasten van het huwelijk” sindsdien is geëvolueerd en welke invulling rechtspraak en rechtsleer hier vandaag aan geven, niet alleen binnen het huwelijk zelf maar ook in de relatie van wettelijk samenwonenden en feitelijk samenwonenden.

2. ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 24 APRIL 1976

De feiten in de casus, die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, waren als volgt. Het betrof een discussie binnen een vereffening-verdeling na echtscheiding. De echtgenoten waren gehuwd onder het stelsel van (zuivere) scheiding van goederen. De man werkte buitenshuis, de vrouw zorgde hoofdzakelijk voor het huishouden en de opvoeding van het enige kind. Het appartement dat als gezinswoning diende, was tijdens het huwelijk aangekocht op naam van beide echtgenoten, ieder voor de onverdeelde helft in volle eigendom. Na ontbinding van het huwelijk wordt de woning verkocht. Op dat ogenblik vordert de man de helft terug van de aflossingen van de hypothecaire lening welke had gediend voor de verwerving van het appartement. Alle aflossingen waren immers volledig door hem betaald. Hij argumenteert dat deze aflossingen onrechtstreekse schenkingen uitmaakten die hij aan zijn echtgenote heeft gedaan en die hij dus kan herroepen.

Het hof van beroep van Brussel geeft de man in een arrest van 21 mei 1975 ongelijk². Het hof verwijst naar artikel 2 van de huwelijksovereenkomst waarin volgende clausule staat: “*de inkomsten van beide echtgenoten evenals de opbrengst van hun arbeid zullen dienen om de lasten van de huishouding te dekken; dat zij*

¹ Cass. 24 april 1976, *RW* 1976-77, 994-997, noot H. CASMAN.

² De redenering van het hof van beroep wordt weergegeven in het hiervoor geciteerde cassatiearrest van 24 april 1976.

geacht zullen worden dag voor dag hun bijdrage in die lasten geleverd te hebben en niet zullen onderworpen zijn aan enige rekening noch aan enige kwijting onder elkaar of jegens hun erfgenamen". Het hof is van oordeel dat onder lasten van het huwelijk eveneens de kosten van huisvesting moeten worden begrepen. En het hof oordeelt verder dat de kosten van huisvesting ook de kosten van eigenlijke verwerving van de gezinswoning omvatten. Vervolgens argumenteert het hof dat de man zijn carrière maar heeft kunnen ontplooiën omdat de vrouw alle taken binnen het huishouden op zich heeft genomen. Het hof voegt daaraan toe dat de geldelijke bijdrage van de man en de materiële en morele bijdrage van de vrouw in evenwicht zijn, zodat het vermoeden dat de (ex-)echtgenoten hebben opgenomen in hun huwelijksovereenkomst niet wordt weerlegd. Het hof concludeert dan ook dat niet bewezen is dat er een wil was tot schenken en er niets te herroepen valt.

De man focust in de voorziening in cassatie voornamelijk op de invulling, door het hof van beroep, van het begrip "lasten van het huishouden of het huwelijk"³. Hij argumenteert dat de kapitaalaflossingen die zijn gedaan binnen het kader van de hypothecaire lening niet kunnen worden beschouwd als lasten van het huwelijk en dat het arrest door deze aflossingen wel onder dit begrip te brengen, het wettelijk begrip miskent. Op het ogenblik dat het arrest werd geveld, kwam dit standpunt overeen met het standpunt van de meerderheid van de rechtsleer. Enkel het gedeelte van de aflossingen dat overeenstemde met de interesten kon volgens de meerderheid van de auteurs als last van het huwelijk worden beschouwd. De kapitaalsaflossingen waren hiervan dus uitgesloten⁴.

Het Hof van Cassatie verwerpt evenwel de voorziening in cassatie en bevestigt het bestreden arrest van het hof van beroep van Brussel. Volgens het Hof van Cassatie houden de artikelen 212 en 218 van het (oud) Burgerlijk Wetboek de verplichting in voor elke echtgenoot "om bij te dragen in de lasten van de huishouding en strekt deze verplichting zich uit tot alle lasten van het gezin die uit het huwelijk voortvloeien, met name tot de lasten die voortvloeien uit het *aanwerven* en onderhouden van het gemeenschappelijk huis" (cursivering toegevoegd). Het Hof van Cassatie vervolgt door de passage van het arrest van het hof van beroep te citeren waarin wordt verduidelijkt dat ook het materieel werk en intellectueel werk van de vrouw binnen de huishouding een bijdrage uitmaken in de lasten van het gezin en dat het hof van beroep dus terecht heeft kunnen vaststellen dat beide partijen gelijk hebben bijgedragen in deze lasten.

³ Het begrip "lasten van het huwelijk" werd ingevoerd door de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels, *BS* 18 september 1976. In het daarvoor geldende artikel 218 BW was er sprake van lasten van de huishouding. De rechtsleer was van oordeel dat dit begrip onvoldoende ruim was omdat alle kosten van het gezinsleven binnen de verplichting moesten vallen. De wetgever is dit standpunt gevolgd en heeft de "nieuwe" term ingeschreven door de wet van 14 juli 1976. Zie hierover uitgebreider H. CASMAN, noot onder Cass. 24 april 1976, *RW* 1976-77, 997-1003.

⁴ Zie de auteurs geciteerd door H. CASMAN, noot onder Cass. 24 april 1976, *RW* 1976-77, 999.

De conclusie van het Hof van Cassatie in zijn arrest van 24 april 1976 is anno 2023 nog steeds onbetwist⁵. In de voorhanden zijnde situatie – te weten een koppel gehuwd onder (zuivere) scheiding van goederen waarbij één echtgenoot buitenshuis werkt en één echtgenoot het huishoudelijk werk verricht en waarbij de gezinswoning wordt verkregen door beide echtgenoten, ieder voor de onverdeelde helft – zullen de financiële bijdragen tot de verwerving van de gezinswoning worden geacht een bijdrage in de lasten van het huwelijk te zijn. Voor zover de financiële bijdrage van de ene echtgenoot en de materiële bijdrage van de andere echtgenoot in evenwicht zijn, zal er geen verrekening gebeuren van deze financiële bijdrage. De vraag naar het evenwicht tussen de bijdragen is een feitenkwestie die in elk afzonderlijk geval door de rechter zal moeten worden beoordeeld⁶.

De vraag rijst in hoeverre de argumentatie van het Hof van Cassatie naar analogie kan worden toegepast op andere situaties. Daarbij kan worden gedacht aan de situatie waarbij de echtgenoten geen gelijke helften verkrijgen, maar een ander breukdeel in de woning. Of wat de oplossing is wanneer de woning bij gelijke helften werd verkregen, maar belangrijke investeringswerken door één van de echtgenoten werden gedaan. Geldt dezelfde redenering ook voor een tweede verblijf? En gaat de logica ook op wanneer niet de beroepsinkomsten maar een eigen kapitaal werd aangewend? Kunnen we de redenering ook doortrekken naar andere goederen, zoals roerende goederen? Het antwoord op deze vragen lijkt veelal positief te zijn, maar zoals verder blijkt zal veel afhangen van de concrete situatie.

3. HUIDIGE INVULLING VAN HET BEGRIP “LASTEN VAN HET HUWELIJK”

Het huidig artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek is ongewijzigd sinds 1976. Het eerste lid van dit wetsartikel bepaalt nog steeds: “*Iedere echtgenoot draagt in de lasten van het huwelijk bij naar zijn vermogen.*” De invulling door het Hof van Cassatie waarbij niet alleen de financiële bijdrage in rekening wordt gebracht, maar ook de materiële bijdrage zoals het vervullen van huishoudelijke taken of het op zich nemen van de opvoeding van de kinderen, is sinds het arrest

⁵ Zie bv. Antwerpen 3 oktober 2017, *T.Not.* 2018 (samenvatting), afl. 9, 761; Brussel 15 april 2013, *RTDF* 2014, 853; Antwerpen 4 november 2009, *NFM* 2011, afl. 3, 87, noot P. TAELEMAN, *RTDF* 2011 (samenvatting), afl. 3, 787, *RW* 2012-13, afl. 12, 465, *T.Fam.* 2010, afl. 9, 190, noot C. DECLERCK; Luik 19 december 2007, *RRD* 2007, 263; Brussel 9 februari 2005, *RW* 2007-08, afl. 1, 27; Gent 27 mei 2004, *TBBR* 2006, 372. Zie ook: H. CASMAN, “Ontbinding van het huwelijkstelsel van scheiding van goederen” in W. PINTENS, J. DU MONGH en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 243, nr. 15.

Zie echter ook Antwerpen 14 maart 2018, *T.Not.* 2018, afl. 6, 535, waarin wordt gesteld dat voormelde leer restrictief moet worden toegepast.

⁶ Zie ook H. CASMAN, noot onder Cass. 24 april 1976, *RW* 1976-77, 1000.

vele malen bevestigd⁷. Om te bepalen welke handelingen concreet onder deze lasten vallen, wordt er verwezen naar de rechtspraak: de lasten omvatten onder andere de kosten van het huishouden, de kosten van onderhoud en opvoeding van de kinderen, de voeding, de kledij, medische kosten, kosten van elektriciteit en verwarming, kosten van onderhoud en herstel van een gezinswagen, kosten van ontspanning, sport, uitstappen en vakanties⁸.

Het hof van beroep van Antwerpen bevestigde in een arrest van 3 oktober 2017 het principe gesteld door het Hof van Cassatie dat de betalingen die de ene echtgenoot had gedaan voor de verwerving van de gezinswoning behoorden tot de lasten van het huwelijk en dat deze echtgenoot dus niet gerechtigd was enige terugbetaling van de andere echtgenoot te vorderen. Het hof voegde daar aan toe dat ook de betalingen voor de nadien aan het onverdeelde goed uitgevoerde verbouwingswerken moesten worden beschouwd als een onderdeel van de bijdrage in de lasten van het huwelijk. Het gevolg was dat hierover evenmin tot afrekening kon worden overgegaan. Het hof sluit op deze manier aan bij zijn eerdere rechtspraak⁹. Op dit laatste principe wordt enkel een uitzondering gemaakt indien het bewijs wordt geleverd dat één van de echtgenoten zijn plicht tot bijdrage niet regelmatig is nagekomen¹⁰.

Het Hof van Cassatie heeft in eerdere arresten van 5 september 2013 en 30 januari 2014 geoordeeld dat het klussen aan een onroerend goed (dat bijvoorbeeld de gezinswoning uitmaakt) kan worden beschouwd als een bijdrage in de lasten van het huwelijk. Het concrete gevolg van deze analyse is dat de klussende echtgenoot geen vergoeding zal kunnen vorderen voor het klussen aan de woning in de hypothese dat de woning een eigen goed van de andere echtgenoot is. Het klussen is immers een eigen verplichting van de echtgenoot in uitvoering van artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek en kan daarom geen grondslag zijn voor een vergoedingsplicht¹¹.

Het begrip lasten van het huwelijk is geëvolueerd sinds 1976 en de tendens lijkt te zijn om de verruiming van het begrip toe te staan. Dat heeft tot gevolg dat het antwoord op de vragen die werden gesteld onder de vorige titel, vaak positief zal zijn.

⁷ Zie de arresten geciteerd onder voetnoot 5 en V. ALLAERTS, “Primair Huwelijksvermogensrecht” in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 4, nr. 4.

⁸ Brussel 9 juni 2011, *RTDF* 2013, afl. 4, 969.

⁹ Zie Antwerpen 4 november 2009, *NFM* 2011, afl. 3, 87, noot P. TAELEMAN, *RTDF* 2011 (samenvatting), afl. 3, 787, *RW* 2012-13, afl. 12, 465, *T.Fam.* 2010, afl. 9, 190, noot C. DECLERCK, waarin het hof van beroep reeds bevestigde dat verbouwingswerken aan de gezinswoning eveneens onder de lasten van het huwelijk vallen.

¹⁰ Antwerpen 3 oktober 2017, *T.Not.* 2018 (samenvatting), afl. 9, 761.

¹¹ Cass. 5 september 2013, *Arr.Cass.* 2013, afl. 9, 1731, *Arr.Cass.* 2013, afl. 9, 1732, concl. C. VANDEWAL, *NFM* 2014, afl. 5-6, 136, *Pas.* 2013, afl. 9, 1567, *RNB* 2014, afl. 3088, 748, noot Y. LELEU, *RTDF* 2014, afl. 2, 368, *TBBR* 2014, afl. 5, 202, noot N. TORFS, *T.Fam.* 2016, afl. 3, 56; Cass. 30 januari 2014, *Arr.Cass.* 2014, afl. 1, 309, *NFM* 2014, afl. 5-6, 138, *Pas.* 2014, afl. 1, 301, *RABG* 2014, afl. 15, 1037, *RTDF* 2015, afl. 4, 822, noot, *T.Fam.* 2016, afl. 3, 57, noot J. DU MONGH, *T.Not.* 2014, afl. 7-8, 468.

4. CLAUSULE IN DE HUWELIJKSOVEREENKOMST VAN VERMOEDEN VAN VERREKENING VAN DAG TOT DAG

Hoewel beide echtgenoten de wettelijke verplichting hebben om bij te dragen in de lasten van het huwelijk overeenkomstig hun mogelijkheden, blijkt uit de rechtspraak en de rechtsleer over dit onderwerp dat het vaak niet de bedoeling is die mogelijkheden tegen elkaar af te wegen. Het is daarentegen vaak de bedoeling om een afrekening tussen de echtgenoten te vermijden. Daarom is het in de praktijk gebruikelijk om in een huwelijksovereenkomst van scheiding van goederen een beding op te nemen waarin de lasten van het huwelijk worden vermoed te zijn verrekend van dag tot dag. Wat is nu juist de betekenis en het nut van deze clausule?

Artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek verplicht elke echtgenoot bij te dragen in de lasten van het huwelijk in functie van zijn mogelijkheden. Het wetsartikel legt dus een verplichting of een verbintenis op. Indien één van de echtgenoten zou betwisten dat de andere echtgenoot heeft voldaan aan deze verplichting, is de bewijslast als volgt op basis van het principe *actori incumbit probatio* (zie art. 8.4 BW en art. 870 Ger.W.): de eisende echtgenoot dient enkel aan te tonen dat er een verbintenis bestaat. Dat is eenvoudig want de verbintenis volgt uit de wet. Het komt dan toe aan de andere echtgenoot om te bewijzen dat hij deze verbintenis is nagekomen. Voor de echtgenoot die huishoudelijk werk heeft verricht of bepaalde materiële taken binnen het gezin heeft opgenomen, is dit een nagenoeg onmogelijk bewijs.

Het gevolg van de clausule waarin gesteld wordt dat de lasten van het huwelijk worden vermoed te zijn verrekend van dag tot dag, is dat deze bewijslast wordt omgekeerd. Elke echtgenoot wordt nu vermoed zijn bijdrage te hebben geleverd en hierover per dag te hebben afgerekend. Het is aan de echtgenoot die dit principe betwist om het tegenbewijs te leveren¹². Het tegenbewijs blijft wel mogelijk want het is een weerlegbaar vermoeden en in bepaalde situaties is het denkbaar dat dit tegenbewijs ook in de praktijk wordt geleverd¹³.

Sommige clausules (vaak in oudere huwelijksovereenkomsten van scheiding van goederen) gaan veel verder dan de hiervoor beschreven clausule en stellen een vermoeden in dat alle rekeningen tussen de echtgenoten worden geacht te zijn verrekend van dag tot dag. De geldigheid van een dergelijk beding in een stelsel van scheiding van goederen is onbetwist. Het Hof van Cassatie oordeelde reeds dat een dergelijk beding in een huwelijksstelsel met een gemeenschappelijk vermogen niet strijdig is met de openbare orde¹⁴. Het Hof van Cassatie

¹² Zie in dezelfde zin: Antwerpen 14 maart 2018, *T.Not.* 2018, afl. 6, 535.

¹³ Zie bv. Gent 10 september 2020, *T.Not.* 2021, afl. 1, 72, waarin het hof oordeelt dat het vermoeden weerlegbaar is en vervolgens een vordering toestaat op basis van verrijking zonder oorzaak.

¹⁴ Cass. 19 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 3, 645, *Pas.* 2007, afl. 3, 555, *RTDF* 2007 (samenvatting), afl. 4, 1256, *RTDF* 2008 (verkort), afl. 4, 1307, *RW* 2007-08, afl. 13, 533, *T.Not.* 2009, afl. 1, 47.

heeft in een later arrest bevestigd dat een dergelijk beding kan worden opgenomen in de huwelijksovereenkomst maar daaraan toegevoegd dat een dergelijk beding niet mag leiden tot een algemene afstand door de echtgenoten van het opmaken van vergoedingsrekeningen in een gemeenschapsstelsel¹⁵. Het determinerend criterium voor de toelaatbaarheid van het beding is de mogelijkheid om het tegenbewijs te leveren¹⁶. Een dergelijk vermoeden van verrekening van dag tot dag van alle verschuivingen in een stelsel van scheiding van goederen, kan tot gevolg hebben dat vermogensverschuivingen die binnen het wettelijk stelsel aanleiding zouden geven tot een huwelijksvermogensrechtelijke vergoeding, binnen een dergelijk aangepast stelsel van scheiding van goederen worden geacht verrekend te zijn. Daarbij kan worden gedacht aan geërfde of geschonken gelden die werden geïnvesteerd in een onverdeeld goed¹⁷.

Over de strekking en de interpretatie van dit laatste beding bestond discussie in de rechtspraak. Sommigen hoven van beroep volgden een eerder strikte lezing van de clause en oordeelden dat het tegenbewijs enkel kon worden geleverd door middel van geschreven rekeningen. Deze strekking was in het voordeel van de echtgenoot van wie een compensatie werd gevorderd¹⁸. Gelet op de verre gaande gevolgen die een letterlijke lezing van het beding met zich kan meebrengen, waren er echter ook hoven van beroep die oordeelden dat het beding enkel een vermoeden in het leven riep en dat het tegenbewijs nog steeds kon worden geleverd, ook zonder geschrift. Deze strekking was dan weer in het voordeel van de echtgenoot die een compensatie vorderde¹⁹.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 14 november 2019 de laatste strekking bevestigd. In de huwelijksovereenkomst die aan het Hof werd voorgelegd in het kader van de discussie tussen de echtgenoten, was het volgende beding opgenomen:

¹⁵ Cass. 17 september 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 9, 1639, *NJW* 2007, afl. 170, 797, noot G. DE MAESENEIRE, *Pas.* 2007, afl. 9, 1523, *RTDF* 2008 (samenvatting), afl. 2, 562, *RTDF* 2008, afl. 4, 1300, *RW* 2007-08, afl. 13, 534, *T.Fam.* 2008, afl. 4, 72, noot K. BOONE.

¹⁶ Zie hierover uitgebreid: J. DU MONGH en CH. DECLERCK, “Het beding waarbij de vergoedingsrekeningen worden geacht van dag tot dag te zijn opgesteld” in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 229-237 en J. DU MONGH en CH. DECLERCK, “Het vergoedingsbeding in een gemeenschapsstelsel na het cassatiearrest van 17 september 2007” in W. PINTENS, J. DU MONGH en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 231-236.

¹⁷ Zie bv. Gent 25 februari 2016, *RW* 2017-18, afl. 29, 1142-1145, *TEP* 2016, afl. 4, 481, waarbij een dergelijke clause voorlag. Het hof kon enkel vaststellen dat er geen vergoeding mogelijk was rekening houdend met de clause in de huwelijksovereenkomst, ondanks het voorliggende bewijs dat geschonken gelden werden geïnvesteerd in een onverdeelde woning en het evenwicht in financiering was verstoord.

¹⁸ Zie Gent 30 maart 2017, *RTDF* 2018 (samenvatting), afl. 3, 741, *RW* 2019-20, afl. 15, 590, *T.Not.* 2017, afl. 12, 969; Gent 25 februari 2016, *RW* 2017-18, afl. 29, 1142-1145, *TEP* 2016, afl. 4, 481; Bergen 30 juni 2014, *RGDC* 2016, liv. 2, 99, noot F. DEGUEL; Bergen 8 juni 2010, *Act.dr.fam.* 2011, liv. 1, 15, *RNB* 2011, liv. 3052, 352, noot F. DEGUEL, *RTDF* 2011, liv. 3, 747, noot N. BAUGNIET.

¹⁹ Luik 4 juni 2018, *RNB* 2019, afl. 3137, 239; Brussel 9 februari 2017, *RNB* 2017, afl. 3120, 547, noot; Luik 2 oktober 2012, *RNB* 2013, afl. 3075, 430, noot L. STERCKX.

“Artikel 6: REKENINGEN TUSSEN ECHTGENOTEN

De echtgenoten zullen onderling om het even welke rekening kunnen opmaken of contract sluiten, behalve de beperkingen door de wet voorzien. (...) Bij gebrek van geschreven rekeningen zullen de echtgenoten vermoed worden de rekeningen, die zij wederzijds verschuldigd zijn dag voor dag te hebben vereffend, met inbegrip van die rekeningen die betrekking hebben op de vergoeding voor het familiaal, het huishoudelijk of het sociaal werk van ieder van hen. De verdeling van de gedurende het huwelijk verwezenlijkte besparingen evenals de vaststelling van de rechten van iedere echtgenoot bij een verwerving in onverdeeldheid, zullen vermoed worden gedaan te zijn in vereffening van de rekeningen die de echtgenoten wederzijds verschuldigd zijn.”

Ondanks de bewoordingen van de huwelijksovereenkomst oordeelt het Hof van Cassatie dat het hof van beroep terecht heeft geoordeeld dat de huwelijksovereenkomst niet uitdrukkelijk bepaalt dat het vermoeden slechts door middel van een geschrift kan worden weerlegd. Het tegenbewijs kan dus ook op een andere manier worden geleverd²⁰. Deze strekking lijkt navolging te kennen in de hogere rechtspraak²¹.

Ondanks deze rechtspraak van het Hof van Cassatie blijft het de verantwoordelijkheid van elke notaris om dergelijke bedingen op te sporen en onder de aandacht te brengen van de echtgenoten, aangezien de gevolgen van dergelijke bedingen vaak niet overeenkomen met hun (huidige) wensen. Bij een wijziging van de huwelijksovereenkomst, bijvoorbeeld wanneer de echtgenoten een beperkt (al dan niet intern) gemeenschappelijk vermogen en een verdelings- of keuzebeding toevoegen aan hun stelsel van zuivere scheiding van goederen, kan een dergelijk beding van verrekening van dag tot dag gemakkelijk worden geherformuleerd.

5. GEVOLGEN VAN DE FEITELIJKE SCHEIDING

De vraag rijst of het principe zoals gesteld door het Hof van Cassatie ook geldt in een periode van feitelijke scheiding. Het komt immers vaak voor dat, voorafgaand aan de inleiding van de echtscheidingseis, de echtgenoten gedurende een bepaalde periode elk op een afzonderlijk adres wonen. Gedurende die periode blijven de gezinslasten, zoals onder andere de afbetaling van de hypothecaire kredietopening, natuurlijk doorlopen. Is de betaling door één van beide echtgenoten van deze (kapitaals)aflossingen van de hypothecaire kredietopening op dat ogenblik nog steeds een bijdrage in de lasten van het huwelijk? En indien dat zo is, kan deze bijdrage dan worden gecompenseerd door de materiële taken van de andere partner?

²⁰ Cass. 14 november 2019, *RABG* 2020, afl. 16, 1344, *RTDF* 2020 (samenvatting), afl. 4, 877, *TEP* 2019, afl. 4, 706, *T.Fam.* 2020, afl. 8-9, 262, noot M. AERTS, *T.Not.* 2020, afl. 3, 208.

²¹ Zie bv. Bergen 8 april 2020, *RNB* 2021, afl. 3158, 270, noot D. STERCKX, *RTDF* 2020, afl. 2, 413, waarbij wordt opgemerkt dat het hof van beroep van Bergen in zijn eerdere arresten (vóór 2019) een eerder strikte lezing van het beding van verrekening van dag tot dag erop nahield.

Het Hof van Cassatie heeft zich over deze vraag nog niet uitgesproken. Op basis van volgende argumenten kan evenwel worden besloten dat voormeld principe zoals gesteld door het Hof van Cassatie niet meer kan gelden in de periode van feitelijke scheiding.

Het Hof van Cassatie heeft reeds bevestigd dat de feitelijke scheiding een invloed heeft op de externe werking van de regel inzake de gezinslasten. De externe werking van deze regel wordt geformuleerd in artikel 222 oud Burgerlijk Wetboek en bestaat erin dat iedere schuld die één van beide echtgenoten aangaat in het kader van de huishouding of de opvoeding van de kinderen, de andere echtgenoot hoofdelijk verbindt. In zijn arrest van 15 oktober 1999 oordeelt het Hof van Cassatie dat de toepassing van artikel 222 van het oud Burgerlijk Wetboek vereist dat er een huishouden is en dus niet kan gelden in geval van een feitelijke scheiding tussen de echtgenoten. Het Hof voegt hier wel aan toe dat de schuldeiser op de hoogte moet zijn van de feitelijke scheiding opdat de hoofdelijkheid waarvan sprake in artikel 222 van het oud Burgerlijk Wetboek zou worden uitgeschakeld²². Het Hof heeft dit standpunt nadien nog bevestigd²³.

Dezelfde redenering kan naar analogie worden toegepast op de interne werking (tussen de echtgenoten) van de verdeling van de gezinslasten. In deze periode is er immers geen sprake meer van een gemeenschappelijke huishouding. Het is dan ook niet meer mogelijk om de financiële bijdrage van één partner te compenseren met de materiële taken van de andere partner. Op dat ogenblik zal dus enkel de financiële bijdrage nog een rol kunnen spelen.

Dat betekent niet noodzakelijk dat indien slechts één van beide partners tijdens de feitelijke scheiding de financiële bijdrage levert, hier automatisch over moet worden afgerekend. De verplichting van artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek om bij te dragen in verhouding tot het vermogen, blijft immers overeind. Er zal enkel worden afgerekend indien een echtgenoot meer dan zijn verplichting heeft bijgedragen in deze lasten²⁴. De echtgenoot die over minder financiële draagkracht beschikt, heeft bovendien de mogelijkheid om op basis van artikel 223 van het oud Burgerlijk Wetboek als dringende voorlopige maatregel tijdens deze periode van feitelijke scheiding een onderhoudsgeld te vragen. De rechter kan oordelen dat de onderhoudsplichtige echtgenoot als bijdrage in de lasten van het huwelijk een onderhoudsgeld dient te betalen aan de onderhouds-

²² Cass. 15 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1269, *Bull.* 1999, 1323, *Div.Act.* 2000, 18, noot E. DE WILDE D'ESTMAEL, *JLMB* 1999, 1724, *Juristenkrant* 1999 (weergave G. VERSCHELDEN), afl. 9, 5, *RCJB* 2001, 73, noot Y. LELEU, *RW* 2000-01, 836, noot F. APS, *RNB* 2000, 167, *RTDF* 2000, 357; V. ALLAERTS, "Primair Huwelijksvermogensstelsel" in W. PINTENS, J. DU MONGH en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 7-8, nr. 10.

²³ Cass. 7 januari 2008, *Act.dr.fam.* 2011, afl. 8, 154, noot S. DEGRAVE, *Arr.Cass.* 2008, afl. 1, 39, *JLMB* 2008, afl. 25, 1091, noot E. VAN BRUSTEM, M. VAN BRUSTEM, *Pas.* 2008, afl. 1, 36, *RTDF* 2010 (samenvatting), afl. 4, 1269, *T.Fam.* 2009, afl. 3, 55, noot E. VAN ROYEN.

²⁴ U. CERULUS, "Primair Huwelijksvermogensstelsel" in W. PINTENS en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 3-4, nr. 1.

gerechtigde echtgenoot²⁵. Dit onderhoudsgeld kan er (gedeeltelijk) in bestaan dat de echtgenoot met de meeste financiële draagkracht de hypothecaire aflossingen volledig draagt. Artikel 213 van het oud Burgerlijk Wetboek, inhoudende de hulpplicht tussen echtgenoten, geldt dan als grondslag voor de onderhoudsplicht. Artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek zal het kader aangeven om concreet te bepalen hoe hoog die onderhoudsbijdrage dient te zijn²⁶. Indien er geen onevenwicht is in de financiële draagkracht en één van beide echtgenoten heeft meer financieel bijgedragen, bijvoorbeeld door alleen de aflossingen van de hypothecaire kredietopening op zich te nemen, dan kan dit (in een stelsel van scheiding van goederen) aanleiding geven tot verrekening in kader van de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel^{27,28}.

6. TOEPASSING BIJ FEITELIJK EN WETTELIJK SAMENWONENDE PARTNERS

Gelet op de evolutie van de maatschappij sinds 1976 is het niet verrassend dat een gelijkaardige discussie is ontstaan in het kader van de relatie tussen feitelijk samenwonende partners en wettelijk samenwonende partners.

Daarbij kan worden vastgesteld dat de rechtspraak tot een zelfde conclusie lijkt te komen in vergelijking met de situatie binnen het huwelijk, met name dat er niet zal worden afgerekend over verschuivingen tussen de vermogens die de partners bewust hebben gedaan tijdens de relatie. Wat de wettelijk samenwonende partners betreft, bepaalt artikel 1477, § 3 van het oud Burgerlijk Wetboek naar analogie van artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek dat de wettelijk samenwonende partners bijdragen in de lasten van het samenleven naar evenredigheid van hun mogelijkheden. Voor feitelijk samenwonende partners is een dergelijk principe niet in de wet ingeschreven.

Het hof van beroep van Antwerpen diende in een arrest van 15 maart 2016 te oordelen over de situatie waarin een koppel eerst feitelijk samenwonend en

²⁵ Cass. 5 juni 2014, *Act.dr.fam.* 2015, afl. 9, 190, noot J. SAUVAGE, *Arr.Cass.* 2010, afl. 6-7-8, 1409, *Pas.* 2014, afl. 6-7-8, 1414, *RABG* 2015, afl. 4, 251, *RTDF* 2015 (samenvatting), afl. 1, 61, *RTDF* 2016, afl. 1, 84, noot J. LARUELLE, *RW* 2015-16 (samenvatting), afl. 6, 228.

²⁶ V. ALLAERTS, “Primair Huwelijksvermogensstelsel” in W. PINTENS, J. DU MONGH en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 9, nr. 13; U. CERULUS, “Primair Huwelijksvermogensstelsel” in W. PINTENS en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 5, nr. 3.

²⁷ Vgl. H. CASMAN, “Ontbinding van het huwelijksstelsel van scheiding van goederen” in W. PINTENS, J. DU MONGH en CH. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 244, nr. 16.

²⁸ Zie bv. Brussel 9 januari 2020, *JLMB* 2020, afl. 19, 890, noot DE PAGE, waarin één van de echtgenoten gedurende een lange periode tijdens het huwelijk in de gevangenis verbleef. Gedurende die periode betaalde de echtgenote alleen de hypothecaire lening af en droeg de echtgenoot die in gevangenschap zat (in het buitenland) op geen enkele wijze bij in de lasten van het huwelijk. Het hof oordeelde dat de echtgenote meer dan haar aandeel had bijgedragen in de lasten van het huwelijk en op basis van de theorie van verrijking zonder oorzaak een vordering kon instellen tegen haar echtgenoot.

nadien wettelijk samenwonend was geweest²⁹. Voor de periode van wettelijke samenwoning verwijst het hof naar artikel 1477, § 3 van het oud Burgerlijk Wetboek en stelt het hof dat niet het mathematisch aandeel in het onroerend goed beslissend is voor de bijdrageplicht in betalingen voor de gezinswoning, maar wel de financiële mogelijkheden van de partners. Het hof lijkt daarmee aan te sluiten bij de hoger vermelde principes die binnen het huwelijk gelden. Voor de periode waarin de partners feitelijk samen hebben gewoond, oordeelt het hof dat de uitgaven die vrijwillig zijn gedaan tijdens het samenleven achteraf niet kunnen worden teruggevorderd. Het hof baseert zich daarbij op het solidariteitsprincipe dat inherent is aan een bestendig partnerschap. Meer bepaald op basis van de theorie van de natuurlijke verbintenis (art. 1235, lid 2 oud BW, nu art. 5.2 BW), komt het hof tot de conclusie dat deze betalingen, eens uitgevoerd, niet langer kunnen worden teruggevorderd³⁰. Het hof van beroep van Antwerpen heeft deze theorie reeds eerder gehanteerd. Daarbij wordt de uitvoering van de natuurlijke verbintenis om bij te dragen in de lasten van de samenleving in het kader van een feitelijke samenwoningsrelatie eveneens gebruikt als oorzaak om de theorie van de verrijking zonder oorzaak af te wijzen³¹. Deze theorie wordt eveneens gehanteerd door andere hoven van beroep om een vordering op grond van verrijking zonder oorzaak af te wijzen binnen de relatie van feitelijk samenwoners³². In andere arresten wordt louter verwezen naar de verplichting om bij te dragen in de lasten van de samenwoning, zonder doorverwijzing naar een andere juridische grondslag³³. De materie blijft echter sterk gebonden aan de concrete context: in sommige arresten waar de bijdrage op zich (bijvoorbeeld de aankoop van een wagen of investeringen in de gezinswoning) kan worden beschouwd als een bijdrage in de lasten van de samenwoning, zal het hof de leer van de verrijking zonder oorzaak toch toestaan³⁴.

Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de partners consequent moeten zijn in hun handelingen. Indien ze tijdens de relatie bepaalde beslissingen hebben genomen en bepaalde uitgaven in het kader van de relatie bewust hebben gedaan, dan kunnen ze hier achteraf niet op terugkomen. Voor de wettelijk samenwonenden

²⁹ Antwerpen 15 maart 2016, *TEP* 2017, afl. 3-4, 251, *T.Not.* 2016, afl. 4, 285.

³⁰ Zie de gelijkaardige redenering in de arresten van het hof van beroep van Gent 28 juni 2018, *RABG* 2018, afl. 13, 1255, *RW* 2019-20, afl. 10, 390, *TEP* 2018, afl. 4, 859; Gent 18 mei 2017, *RABG* 2017, afl. 14-15, 1177, *RTDF* 2018 (samenvatting), afl. 3, 742, *RW* 2019-20, afl. 15, 587, *TEP* 2018, afl. 1, 110, *T.Not.* 2017 (samenvatting), afl. 10, 795 en Gent 28 januari 2016, *RW* 2017-18, afl. 27, 1052.

³¹ Antwerpen 20 mei 2015, *RABG* 2015, afl. 15, 1106, *RTDF* 2016 (samenvatting N. DANDOY, J. FONTEYN), afl. 1, 219, *RW* 2017-18, afl. 2, 63, noot L. DE SCHRIJVER; Antwerpen 21 januari 2015, *RTDF* 2017 (samenvatting), afl. 3, 628, *RW* 2016-17, afl. 24, 953.

³² Gent 5 maart 2015, *RTDF* 2016 (samenvatting), afl. 3, 782, *RW* 2016-17, afl. 29, 1148, *TBBR* 2016, afl. 2, 96, noot F. DEGUÉL, *TBO* 2015, afl. 3, 148 *T.Not.* 2015, afl. 12, 833; Luik 17 februari 2015, *JLMB* 2016, afl. 1, 9; Gent 12 februari 2015, *RABG* 2016, afl. 4, 326, noot M. GOVAERTS, *RTDF* 2016 (samenvatting), afl. 3, 781, *T.Not.* 2015, afl. 12, 851.

³³ Zie bv. Gent 27 september 2018, *RW* 2019-20, afl. 39, 1538, *TEP* 2018, afl. 4, 868, *T.Not.* 2019, afl. 2, 171; Brussel 27 mei 2014, *RTDF* 2015 (samenvatting N. DANDOY, J. FONTEYN), afl. 3, 678, *T.Not.* 2014, afl. 10, 603.

³⁴ Zie bv. Gent 19 januari 2017, *RW* 2018-19, afl. 15, 593, *RW* 2019-20, afl. 35, 1381, *TEP* 2017, afl. 1, 85, *T.Not.* 2017, afl. 9, 684; Brussel 19 april 2012, *RTDF* 2013, afl. 1, 148.

de partners is er een wettelijke grondslag op basis waarvan de rechtspraak over gehuwden naar analogie kan worden toegepast. Voor de feitelijk samenwonende partners bestaat die niet. De meest voor de hand liggende juridische grondslag lijkt hier de uitvoering van een natuurlijke verbintenis te zijn.

7. BESLUIT

Het arrest van het Hof van Cassatie van 24 april 1976 blijft ook op vandaag, na bijna 50 jaar, actueel. Nog steeds komen we situaties tegen in de praktijk waarin de echtgenoten hun juridische situatie onvoldoende afstemmen op hun feitelijke situatie. De verbintenis van artikel 221 van het oud Burgerlijk Wetboek om bij te dragen in de lasten van het huwelijk in verhouding tot het vermogen van de echtgenoten, levert vaak een oplossing voor de problemen die in deze situaties ontstaan. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het begrip “lasten van het huwelijk” ruim wordt ingevuld. Maar anno 2023 situeren de problemen zich ook (of nog meer) buiten het huwelijk. Ook voor wettelijk samenwonende partners en feitelijk samenwonende partners creëert de proportionele bijdrage in de lasten van de samenleving een kader waardoor een te gedetailleerde afrekening van de uitgaven binnen de relatie kan worden vermeden. Gelet op de complexe samenlevingsvormen die vandaag ontstaan, kan een dergelijk kader enkel maar worden toegejuicht en zijn de lasten van het huwelijk dus allesbehalve lastig!

Voorbeeldclausule verrekening bijdragen in de lasten van het huwelijk

“Elke echtgenoot int zijn of haar inkomsten alleen, en besteedt ze bij voorrang aan de lasten van het huwelijk, waarin ieder van hen naar zijn mogelijkheden moet bijdragen.

De echtgenoten worden geacht hun bijdrage in de lasten van het huwelijk dag na dag te leveren en worden vrijgesteld van iedere rekening hieromtrent, zowel tijdens het huwelijk als na ontbinding ervan. Dit vermoeden houdt evenwel op te gelden, ook tijdens de duur van het huwelijk, indien de echtgenoten meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leven (behoudens om dwingende medische redenen of een andere reden die overmacht uitmaakt), of er tussen hen een echtscheidingsprocedure hangende is. In dat geval houdt het vermoeden op vanaf het ogenblik van de feitelijke scheiding of (indien vroeger) het inleiden van de echtscheidingsvordering.”

DE “NIEUWEN NEDERLANDSCHEN NOTARIS DICTIONNARIS” VAN NOTARIS JAN-BAPTIST MEERSSEMAN TE IEPER (1830)¹. EEN ONTDEKKING

Jan DE MEY

In zijn artikel “Het notariswoordenboek van Jan-Baptist Meersseman (1830)” haalde Marc Carlier een merkwaardige publicatie uit de vergetelheid: *Nieuwen Nederlandschen notaris dictionnaris van regten en pratyke* uit 1830, door Jan-Baptist Meersseman². Dit notarieel leer- en modellenboek was totaal onbekend in de publicaties over de geschiedenis van het notariaat in België³.

1. NOTARIËLE MODELLENBOEKEN

Modellenboeken voor notarissen zijn zo oud als het notariaat zelf⁴. Het oudste bekende modellenboek dat ons overgeleverd is, dateert uit de Merovingische tijd, circa 660, en werd samengesteld door Marculfus, een monnik in de abdij van Saint-Denis bij Parijs. In 1613 werden de modellen *Marculfi monachi formularum libro duo* door Hieronymus Bignonius, alias Jérôme Bignon (1589-1656) in druk uitgegeven.

Het eerste oorspronkelijke modellenboek in de Zuidelijke Nederlanden gedrukt was: *Ars notariatus. Dat is: Conste ende stijl van notarischap: begrepen in theorijcke en practijcke* (titel van de derde druk uit 1590)⁵.

Het werd in 1583 gedrukt bij Hendrick Hendricsen te Antwerpen, “aan de Noordzijde van onser Vrouwen Kercke, in de Lelieblomme”.

¹ Een bewerkte versie van deze tekst verscheen in: *Biekorf, West-Vlaams Archief voor Geschiedenis, Archeologie, Taal- en Volkskunde*, 122 (2022), 480-492.

² *Biekorf*, 121e jg., afl. 2, 2021, 251-252.

³ Eén exemplaar bevindt zich in het stadsarchief van Ieper onder nummer 839.3/1830/MEER en één in de Bibliotheek van de Katholieke Universiteit Leuven onder Artes, Maga8, B 9831.

Een rondschriften van de Kamer van Notarissen West-Vlaanderen van 31 augustus 2021 bleef zonder resultaat. Geen andere exemplaren werdenesignaleerd.

⁴ J. DE MEY, “Geschiedenis van het notariaat. Modellenboeken voor notarissen” in *Notarius* 1992, nrs. 11-12, 395-398.

⁵ R. DEKKERS, *Bibliotheca Belgica Juridica, een bio-bibliografisch overzicht der rechtsgeleerdheid in de Nederlanden van de vroegste tijden af tot 1800*, Brussel, 1951, 170; G. VAN DIEVOET, “Notarisboeken en formulierboeken in de Zuidelijke Nederlanden van 1500 tot 1800” in *Forma Servata, Ars Notariatus LXXXV*, Amsterdam, 1998, 58-59; A. GEHLEN, “De zeventiende en achttiende eeuwse notarisboeken. Een verhandeling over Notarisboeken, Notarisambt en Notarieel Recht in de Republiek der Verenigde Nederlanden”, *Ars Notariatus 123*, Amsterdam, 2004, 9-13.

De auteur, Jacques Thuys, was notaris te Antwerpen in de tweede helft van de 16e eeuw. Meer is over hem niet bekend.

Voor de modellen heeft Thuys zich ongetwijfeld laten inspireren door voorbeelden uit modellenboeken in het Latijn of heeft hij ze gewoon vertaald.

De publicatie was een bestseller: tussen 1583 en 1692 zagen niet minder dan zestien uitgaven het licht. In 1996 bracht het Algemeen Rijksarchief te Brussel een reprint⁶ uit.

Pas een honderdtal jaar later verscheen opnieuw een notariële bestseller van Joannes Baptista Josephus Huygens, licentiaat in de beide rechten en advocaat bij de Raad van Brabant en de Wezenkamer van Brussel: *Notarius Belgicus oft ampt der notarissen verdeelt in theorie ende pratyque met bijvoeginghe van d'Athoriteyten van Rechten, de Placcaeten ende Edicten van Syne Majessteyt, mitsgaders de Formulieren volgens den Modernen Stiele ende hedendaeghsche Observatie, waer naer volght een extens Vocabulair*. Zo luidt de volledige titel van de tweede druk bij Guillelmus Fricx te Brussel, in de Bergstraat, in de Vier Evangelisten, van 1712. De eerste uitgave wordt vermoedelijk ten onrechte gesitueerd in 1663, doch schijnt onvindbaar.

Huygens werd geboren te Brussel circa 1630 en overleed op 29 januari 1708. Meerdere herdrukken verschenen in 1725 (3e druk), 1745 (4e druk), 1760 (5e druk) en een zesde druk in 1771 allen bij 't Serstevens, stadsdrukker en boekverkoper, in de Bergstraat te Brussel. In 1979 verscheen een anastatische herdruk van deze uitgave bij de P.V.B.A. Uitgeverij Familia en Patria te Kortemark-Handzame. In 1762 zorgde Petrus de Goesin te Gent, in de Veldstraat, voor een uitgave.

Van hetzelfde werk zag eveneens een Franse vertaling het licht, de eerste in 1704 en de laatste in 1764⁷.

In de 19e eeuw staat het *Handboek van den notaris*, in vier boekdelen, van Jozef Van Assche, notaris te Gent, op een eenzame hoogte.

De eerste druk verscheen tussen 1865 en 1874, bij W. Rogghé te Gent, gevolgd door een tweede druk in 1883-1884, bij drukkerij Eug. Vanderhaeghen te Gent, Veldstraat 62.

2. HET “VOORWOORD” VERTOLKT DE VISIE VAN DE AUTEUR

“De mannen van het vak weten allen, dat men voor de notarieele praktijk in Vlaamsch-België tot heden enkel vertalingen aantrof, die, uit hoofde van haren

⁶ Nr. 70.1996/053/090.

⁷ R. DEKKERS, *o.c.*, 88; G. VAN DIEVOET, *o.c.*, 60-64; A. GEHLEN, *o.c.*, 61-65.

verouderden vorm en inhoud, hoegenaamd niet meer in verband stonden met onze huidige wetgeving, en daarbij streden met onze zeden en gebruiken.

Wij oordeelden dus, door het schrijven in de moedertaal van eenen volledigen leergang van notariële wetenschap en praktijk, eenig nut te kunnen stichten; en de talrijke inschrijvingen, die onzen arbeid kwamen ondersteunen, zijn ons een streelend bewijs dat ons doel begrepen werd.”

Jozef Van Assche was niet aan zijn proefstuk. In 1844 publiceerde hij *De minderjarigheid in haer gansch tijdvak voorgedragen*. In 1862 kende dit werk een tweede uitgave. Dit werd in 1865 gevolgd door zijn “opus magnum”, dat eveneens een tweede druk beleefde. Een succesauteur!

Tussen 1851 en 1858 leverde hij poëtische bijdragen in de tijdschriften: *De Eendracht*, het *Nederduits Letterkundig Jaarboekje*, *Het Taalverbond* (1851-1852) en *De Vlaamsche School van Antwerpen*.

Jozef Van Assche werd geboren te Gent op 7 september 1829 en overleed er op 5 september 1896.

In 1857 werd hij benoemd tot notaris te Asper en in 1872 te Gent.

Hij werd voorzitter van de tuchtkamer van de notarissen van het arrondissement Gent en de eerste voorzitter van de “Fédération libre des notaires de Belgique” van 1891 tot 1896.

Hij was officier in de Leopoldsorde en officier in de Luxemburgse Orde van de Eikenkroon⁸.

In *De Gentenaar* van 7 september 1896 verscheen volgend overlijdensbericht: “Zaterdag morgen is in onze stad, in den ouderdom van 67 jaren, godvruchtig overleden de heer Jozef Van Assche, notaris alhier, ridder der Leopoldsorde en den Eikenkroon, van Nederland.

De heer Van Assche was vroeger notaris te Asper, alwaar hij zich bezighield met het opstellen van zijn algemeen hooggeschat werk Handboek van den Notaris, waardoor hij op de meest praktische wijze zijne overtuigde Vlaamschgezindheid en zijne uitgebreide rechtsgeleerdheid en vakkennis bewees.

Door het uitgeven van dit hoogst verdienstelijk werk, heeft de heer Van Assche onschatbare diensten bewezen aan de Vlaamsche zaak, aan zijne ambtgenooten, welke vroeger hunne akten in een ellendig, met Fransche bastaardwoorden

⁸ L. GOFFIN, *Van Assche (Joseph)* in *Bibliographie Nationale*, Tome XXVI, Brussel, 1936-1938, kol. 134.

Biografisch woordenboek der Noord-en Zuidnederlandsche Letterkunde, 1886-1891; G. VAN DIEVOET, a.c., 83; F. STEVENS en M. VERWILGHEN, *Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, 1891-1991. Een eeuw ten dienste van het notariaat*, Brussel, 1991, 13, 26, 33.

doorspekt, Vlaamsch geschreven, dikwijls ten koste der zoo onmisbare duidelijkheid en ook aan de leeraars welke thans ten gevolge der taalwetten verplicht zijn aan de studenten in het notariaat het opstellen der akten in het Vlaamsch te onderwijzen."⁹

3. LEVENSLOOP VAN JAN-BAPTIST MEERSSEMAN (1768-1839)

In 1830 had notaris Jan-Baptist Meersseman uit Ieper de boekenplank van de Vlaamse notarissen verrijkt met een nieuw modellenboek. Ze hadden er meer dan honderd jaar moeten op wachten.

Jan-Baptist Meersseman was de zoon van Clement Meersseman, molenaar achtereenvolgens te Wervik, Beselare en Wijtschate, en Maria-Theresia Vuylsteke. Zij waren in 1750 gehuwd te Wervik.

Hij werd geboren te Wervik en er gedoopt op 1 augustus 1768. Uit dit huwelijk zijn nog vier kinderen bekend: Maria-Anna, Maria-Josephina, Lucie en Clement.

Jan-Baptist trad in het huwelijk te Geluveld (Heilige Margareta) op 8 januari 1795 met Amelia-Françoise-Victoria-Emilia Lammerand, geboren te Geluveld op 30 juni 1772. Haar vader was Petrus Lammerand en haar moeder Maria-Theresia Forrest.

Op 12 januari 1796 werd te Geluveld Petrus-Joannes geboren en op 2 april 1801 Ange-François.

Amelia Lammerand overleed te Geluveld op 10 januari 1802.

Kort na het overlijden van zijn eerste echtgenote ging Jan-Baptist Meersseman een tweede huwelijk aan met de elf jaar jongere Eugenia-Francisca Vandamme, geboren te Geluwe op 12 november 1779.

In Geluveld werd circa 1804 Sophie-Rosalia-Amelberga geboren. Zij zal op 4 juni 1825 te Ieper huwen met Lodewijk Denecker, die notaris was te Moorslede van 1823 tot 1843 en burgemeester van zelfde gemeente.

In Ieper werd op 7 juni 1807 Sophia-Pelagia geboren. Op 25 oktober 1809 volgde Virginia-Eulalia en op 28 november 1813 Maria-Elisabeth-Silvia.

Deze laatste huwde te Ieper op 13 mei 1839 Carolus-Ludovicus Vaneecke, geboren te Langemark op 26 november 1808. Op het ogenblik van zijn huwelijk was Vaneecke kandidaat-notaris op het kantoor van zijn schoonbroer te Moorslede. Het daarop volgende jaar, bij Koninklijk Besluit van 5 april 1840, volgde hij zijn schoonvader op als notaris ter standplaats Ieper.

⁹ *De Gentenaar* 7 september 1896 (Archief Gent).

Meersseman woonde in Ieper in de Cloître-Saint-Martin of Kloosterpoort 1, naast de Sint-Maartenskerk.

Hij overleed te Ieper op 73-jarige leeftijd op 27 november 1839. *Le Propagateur, Journal de la Flandre-Occidentale et de la Ville d'Ypres* drukte op de voorpagina van het nummer van 30 november volgend “in memoriam” af:

“Le notariat vient de faire une perte sensible, dans la personne de M. J.-B. Meersseman, notaire à Ypres, y décédé, le 27 du courant, à l’âge de 73 ans. M. J.-B. M. était, sinon le doyen, du moins l’un des plus anciens notaires de l’arrondissement, et, peut-être, de la province. Il a présidé souvent la chambre des notaires, et a publié, entres autres, en flamand, des écrits sur le notariat, dont la jurisprudence, certes, tient un rang plus élevé qu’on ne le pense vulgairement, dans les études judiciaires. Incontestablement, comme praticien, M. J.-B. M. avait acquis une réputation, et, partant, une confiance justement méritées.”¹⁰

Eugenia Vandamme stierf te Ieper op 13 januari 1861, 80 jaar oud.

Notaris Jan-Baptist Meersseman nam ook deel aan het Ieperse culturele leven.

Hij was lid van de rederijderskamer “de Getrouwe Herten, gezegd Rhetorica”, met kenspreuk: “Wijsheyd Volmaekt Konst”, de voortzetting van de rederijderskamers “de Rozieren” en “de Alsenbergers”

In diverse steden van West-Vlaanderen werden in 1820 afdelingen opgericht van de “Maatschappij Tot Nut van ’t Algemeen”, zo ook in Ieper. Dit waren Hollandse verenigingen voor volksontwikkeling, waarin over literatuur, kunst, religie en wetenschappen op een didactische manier gehandeld werd. Meersseman werd lid van deze afdeling. Op de ledenlijst staat tevens vermeld dat hij lid was van “de Getrouwe Herten”¹¹.

4. NOTARIËLE LOOPBAAN

Jan-Baptist kreeg vermoedelijk zijn notariële opleiding in het kantoor van notaris Petrus-Leonardus Vuylsteke te Wervik. De minuten van zijn akten van 1789 tot 1796, berusten nog in het kantoor van notaris Thierry De Vos te Wervik.

Op 9 vendemiaire an IV (1 oktober 1795) werden de Zuidelijke Nederlanden bij Frankrijk ingelijfd.

Bij besluit van het Directoire van 3 prairial IV (22 mei 1796) werd het notariaat in onze streken georganiseerd naar het model van de Franse wetgeving¹².

¹⁰ *Le Propagateur*, XXIII^{me} année, n° 2312, samedi 30 novembre 1839.

¹¹ J. GODDERIS, *Kroniek van een aangekondigde scheiding. De Hollandse tijd (1814-1830) & West-Vlaanderen, Deel II*, 2007, 48; M. CARLIER, *Jean-Jacques Lambin en Justin Van Damme als promotoren van het literaire leven in Ieper in de Hollandse Tijd (1815-1830)* in *Biekorf*, 113e jg., afl. 4, 2013, 450.

¹² J. DEMBLON, *Code du notariat in Rép.not.*, Tome XI – Droit notarial, Livre II, Brussel, 1990, 4.

Dit besluit werd op 25 ventôse an XI (16 maart 1803) vervangen door een nieuwe organieke wet¹³.

Volgens H. Tarlier¹⁴ werd Meersseman notaris benoemd op de standplaats Staden in 1796, zeer vermoedelijk in het kader van de voormelde wet op de organisatie van het notariaat van 22 mei 1796. Bij zijn benoeming was Meersseman 28 jaar oud. De minimumleeftijd was toen 25 jaar.

Volgens de *Annuaire du département de la Lys pour l'an XI (1802-1803) de la république française*, uitgegeven door Joseph Bogaert en zoon, drukkers-boekhandelaars te Brugge, in de Kuipersstraat, waren er in het arrondissement Ieper 26 standplaatsen met volgende notarissen:

Ieper:	Benoît de Coninck Jean-Baptist Desmadryl Gerard Vandermeersch Jean-François Terrier Jacques-Antoine Verminck
Langemark:	Jean-Eugène Comyn Charles-Albert Liebaert
Nieuwkerke:	Jean-Jacques Glorie, vader Eugène-Bernard Glorie, zoon
Passendale:	Joseph-Charles-Louis Soenen
Waasten:	Louis Delva Leonard Renard
Mesen:	Jacques Theeten
Beselare:	Jean-Baptist Meersseman
Elverdinge:	Pieter-Jacobus Vallaeys
Reninge:	Pierre-François Mayeur
Boezinge:	Jean-François Van Eecke
Komen:	Marc-Ivo Courtens
Dikkebus:	Charles Lenoir
Hooglede:	Franciscus-Josephus De Wulf
Reningelst:	Pierre-Joseph Lucien
Poperinge:	Pierre-Joseph Debaenst Jean-Jacques Gheleyn
Wervik:	Charles-Joseph Forrest
Staden:	Charles Deleghere
Zuidschote:	Pierre-Joseph Maes.

In 1803-1804 komt er in Beveren een nieuwe standplaats, waar Lodewijk-Frans De Moor als notaris wordt benoemd.

¹³ F. STEVENS (red.), *Revolutie en notariaat, Antwerpen 1794-1814*, Assen-Leuven, 1994, 85-88; F. STEVENS, "Het notariaat in de Zuidelijke Nederlanden in de Franse tijd en latere jaren (1795-1842), in: *Het notariaat in de Lage Landen*", *Ars Notariatus*, CXVII, Amsterdam, 2005, 216.

¹⁴ H. TARRIER, *Liste alphabétique des notaires de Belgique depuis l'origine du notariat jusqu'en juillet 1864*, Brussel, 1864, 190.

In de *Annuaire du département de la Lys pour l'an 13 (1804-1805) par le secrétaire de la Préfecture*, verschenen te Brugge bij Willem De Busscher-Marlier, drukker van de Préfecture, staan voor het arrondissement Ieper de notarissen vermeld volgens de kantons.

Er zijn zeven kantons.

Het kanton Ieper begrijpt: Ieper met 4 standplaatsen, Langemark met 2 standplaatsen en Beselare en Reningelst met elk 1 standplaats.

Het kanton Passendale omvat enkel Passendale met 1 notaris. Het kanton Mesen bestaat uit Waasten met 2 notarissen, Nieuwkerke eveneens met 2 notarissen en Mesen met 1 notaris.

Het kanton Hooglede: Hooglede, Beveren en Staden, elk met 1 notariële standplaats.

Het kanton Elverdinge wordt gevormd door Elverdinge, Reninge, Boesinge en Zuidschote, elk met 1 notaris.

Het kanton Wervik: Wervik en Komen met elk 1 notaris.

Het kanton Poperinge beslaat: Poperinge en Dikkebus, met respectievelijk 2 en 1 standplaats.

In 19 gemeenten van het arrondissement Ieper treft men één notaris aan en in het totaal zijn er 27 standplaatsen in het arrondissement.

In dit jaar zijn er, in vergelijking met het vorig jaar, geen wijzigingen in standplaatsen noch in benoemingen.

Reeds in 1797 werd Meersseman in Staden opgevolgd door Charles Deleghere en had hij een nieuwe standplaats in Beselare. Daar instrumenteerde hij tot 1804-1805. Daarna werd hij benoemd op de standplaats Ieper.

5. NOTARIS TE BESELARE EN TE IEPER

Tijdens de Eerste Wereldoorlog is een groot deel van de notariële archieven verloren gegaan.

Toch zijn er nog enkele sporen te vinden van de activiteiten van notaris Meersseman in het Rijksarchief Brugge (RAB), in persberichten, in publicaties en in privébezit.

Het oudste teruggevonden stuk is het afschrift van een akte van notaris Meersseman te Beselare en dagtekent van 14 ventôse VIII (5 maart 1800). Het betreft

een verkoop door Joannes Baptiste Bouten van goederen o.a. te Geluveld. Het bevindt zich in het archief van erenotaris Luc Ghesquière te Ieper.

Tussen 1802 en 1803 was Meersseman, samen met zijn ambt- en generatiegenoot Gerardus Vandermeersch van Ieper, gelast met de openbare verkoop van de goederen van Charles-Ghislain van de Woestyne, heer en markgraaf van Beselare, die naar het buitenland gevlucht was¹⁵.

Gerardus-Antoine Vandermeersch was geboren te Ieper op 31 oktober 1770. Zijn vader, Gerard-Nicolas (1731-1786) was reeds notaris te Ieper. Op 18 november 1796, hetzelfde jaar als Meersseman, werd hij notaris benoemd te Ieper op de leeftijd van 26 jaar. Hij overleed op 22 januari 1854¹⁶.

In het Rijksarchief Brugge bevindt zich een afschrift van een akte verkoop door Lievin Van Meerbeke uit Maastricht en consoorten aan Benoit Boudry, handelaar te Ieper, van twee huizen en grond te Ieper. De akte dateert van 14 februari 1807. In dezelfde "Verzameling Familiearchief" is een "copie collationnée" of "vergeleken afschrift" te vinden, gemaakt door notaris Meersseman, enkele weken na voormelde akte, op 2 maart 1807. In deze kopie certificeert hij een schepenate van Ieper van 19 juli 1768, opgesteld door notaris Pieter Peenen te Ieper. Het betreft een vorige titel van eigendom van de verkochte goederen¹⁷.

In het archief Ghesquière berusten de afschriften van volgende akten van notaris Meersseman:

- Op 26 vendémiaire an XIV (17 oktober 1805): Overdracht van het volledig meubilair van een huis en herberg, genaamd Le Chateau in de Boterstraat te Ieper, door Jacques Ignace Degrave-Gryson, brouwer te Ieper, aan Marie Dumortier, ongehuwd te Ieper, mits 3.076, 40 francs (akte in het frans);
- Op 1 juni 1812: Pacht door François Delamassentièrre, landbouwer te Becelare, en medegerechtigden, aan hun broer Pierre Delamassentièrre, landbouwer te Gheluveld, van 4/5en van een huis met bijgebouwen en 88 aren grond te Gheluveld, met ingang van 1 oktober 1811 voor een termijn van negen jaar, mits 52,24 francs (akte in het Frans);
- Op 8 februari 1815: Verkoop door Pieter Eugenius Van Eecke, landsman, wonende op Vlamertinghe en Marie Johanna Vermeersch, zijne huisvrouw, aan Jacobus Bulckaert, landsman op Vlamertinghe, van 19 aren 277 milliaren saeijland op Vlamertinghe, voor 250,34 francs;
- Op 18 februari 1815: Verkoop door Alexis Wacquez, winkelier binnen deze stad Ieper, aan Marie-François Deberghe, particuliere binnen Ieper, van een huijs ende erve D'hondtstraete 21 (te Ieper) mits ende voor de somme van 1.242,80 francs.

¹⁵ Zonnebeke.be/Vrije Tijd/Uit vroegere tijden/De Zonnebeekse Heemvrienden/ Het kasteel van Beselare (2003).

¹⁶ J. DE COCK, *Terugblikken op het Iepers notariaat, 's Levens zoet en zuur*, 1991, 85.

¹⁷ RAB, INV 50-307.

In de *Gazette van Gend* van 13 mei 1816 verscheen de aankondiging van de openbare verkoop van vier loten legervoorraden, te weten: spek, rundsvlees, rum en jenever. De verkoop zal gebeuren ten overstaan van notaris Meersseman op 29 mei 1816 om 10 uur in de voormiddag te Ieper “op de groote Halle”. Dit werd medegedeeld door C. Tenbosch, onder-inspecteur van de administratie bij het leger in de provincie West-Vlaanderen, te Brugge op 7 mei 1816.

In het archief Ghesquière zijn nog afschriften van volgende processen-verbaal te vinden:

- Op 3 juni 1817: Openbare verkoping ten verzoeke van Philippus Maertens, particulieren, te Dadizeele en Catherine De Lamassentière, zyne huysvrauwe en anderen van een huys met 73 aren 902 milliaren grond van erve, gelegen op de commune van Gheluvelt aan Philippus Jacobus Huwette, koopman binnen Yper, mits 458,40 guldens;
- Op 19 maart 1819: Bij proces-verbaal van 25 februari 1819 werd ten verzoeke van Petrus Hubertus Noppe, landman te Zonnebeke, toegewezen aan Martin Grandjean, die verklaart heeft te kopen in naam en voor rekening van Antonius Vandevijver, brouwer binnen Yper, die thans verschijnt en verklaart deze koop te aanvaarden:
 - a) Een herberghe, genaemt het kleijn-hooghe met vele stallingen, scheure en bakkerie, groot 88 aren, gelegen te Zillebeke;
 - b) Een andere herberghe, genaemt De Sneppe met 12 aren 42 centiaren grond, gelegen op Zonnebeke;
 - c) Een beplante partie land en vloge, groot 57 aren 963 milliaren op hetzelfde Zonnebeke, voor de principale koopsomme van 7.042,30 franc.

Er is een affiche bewaard van een openbare tekoopstelling op 6 en 20 oktober 1832 van “Patrimoine Hofstedeken, Landen, Bosch en Woonhuysen, gestaen en gelegen in de nagemelde gemeenten, te koopen binnen Yperen. De tekoopgestelde goederen waren gelegen op Sint-Jans nevens Yperen, Zonnebeke by Sint-Juliaans-Cappelle, Reninghelst, Elverdinghe en vier huizen binnen de stad Yperen. Twee woningen stonden in de Rijsselstraat, één in de Vulderstraat en één in het “Goude (sic) Conyn straetjen”¹⁸.

Volgend afschrift is aanwezig in het archief Ghesquière:

Op 30 maart 1836: Schulderkennis door Pieter Joseph Nevejan, slagter en herbergier te Zuidschote en echtgenote Marie Thérèse Depoortere, ingevolge geldleening van 900 francs hen toegestaan door Franciscus Henricus Titeca, notaris te Boesinghe, voor een termijn van 1 april 1836 tot 30 maart 1846 en tegen een rentevoet van 4,50 ten honderd.

In 1839 verlijdt notaris Meersseman een akte verdeling tussen Paulina Van Elslande, koopvrouw te Wervik en Elie Van Elslande, koopvrouw te Wervik.

¹⁸ RAB, INV 50-307.

Het betreft de verdeling van een houten staakoliewindmolen aan de westzijde van de Kruisekestraat, op de hoek met de Zuidlaan.

Deze eigendom hing af van de erfenis van hun vader Jozef Van Elslande, koopman te Wervik, overleden in 1834. In 1889 werd de molen gesloopt¹⁹.

6. DE NOTARIS DICTIONNARIS

Notaris Meersseman leefde in een bewogen tijd, waarin meerdere staatkundige regimes elkaar opvolgden: het Oostenrijkse regime, het Franse bewind (1 oktober 1795-21 juli 1814), het Koninkrijk der Verenigde Nederlanden en het Belgisch Koninkrijk, vanaf 4 oktober 1830. Dit had zijn weerslag op de toepasselijke wetgeving.

Toen de *Dictionnaris* in 1830 verscheen was de organieke wet op het notariaat van 25 ventôse an XI (16 maart 1803) van toepassing. Voor het burgerlijk recht was het “Wetboek Napoleon” van kracht.

Daarnaast was er het “Nieuw Burgerlijk Wetboek”, waarvan de verschillende delen, die dicht bij het Napoleontisch Wetboek aanleunden, bij wet van 16 mei 1829, tot één wetboek werden verenigd. Bij koninklijk besluit van 5 juli 1830 werd verklaard dat dit wetboek op 1 februari 1831 in werking zou treden. De Belgische Omwenteling maakte de uitvoering van dit besluit onmogelijk.

Aldus bleef het Napoleontisch Wetboek, met enkele verbeteringen en aanvullingen van kracht²⁰. Zo vinden we in de *Dictionnaris* volgende verwijzingen naar de wetteksten: “Nieuw Burgerlijk Wetboek” of “Wetboek Willem” en “Wetboek Napoleon”.

Bij het schrijven van een “notarisboek” kunnen twee opties genomen worden. Ofwel stelt men een doctrinair leerboek samen, ofwel compileert men modellen bestemd voor de praktijk.

Het notarieel handboek geeft een overzicht van alle rechtstukken waarmee een notaris in aanraking komt.

Een zuiver modellenboek bevat alleen modellen van notariële akten of documenten die door notarissen gewoonlijk, maar daarom niet uitsluitend, opgesteld worden. Zij kunnen eventueel gepaard gaan met commentaar of verwijzing naar wetgeving, rechtspraak of doctrine.

Uiteindelijk moet worden gekozen tussen de vormen van klassering. Men kan de modellen ordenen volgens de rechtstukken: notarieel recht, burgerlijk recht,

¹⁹ www.molenechos.org

²⁰ E. LOUSSE, *Geschiedkundige inleiding tot het Burgerlijk Recht*, Leuven, 1956, 145.

handelsrecht, rechtspleging, enz. Een andere werkwijze is de alfabetische: de modellen worden ondergebracht volgens de letters van het alfabet.

De *Dictionnaris* is een verklarend juridisch woordenboek geworden, met alfabetisch gerangschikte trefwoorden, die in een notariële praktijk aangetroffen worden. De trefwoorden worden omstandig in hun toepassing omschreven. De duiding wordt verantwoord door verwijzing naar wetsartikelen. Referenties aan rechtspraak en rechtsleer zijn uitzonderlijk.

Het is daarnaast een modellenboek, waarin voorbeelden van akten zijn opgenomen.

De *Dictionnaris* beslaat twee delen. Het eerste deel telt 349 bladzijden, het tweede de 350 bladzijden en een supplement van 5 bladzijden.

In het totaal zijn er 841 trefwoorden en worden er 105 modellen van akten en clausules afgedrukt.

7. INHOUD VAN DE *DICTIONNARIS*

De trefwoorden steunen in hoofdzaak om de wetteksten zelf, maar op het einde van zijn publicatie is er een uitzondering: een commentaar van dertien kolommen bij het trefwoord “Woekerij”.

Eerst wordt het begrip “woeker” gedefinieerd, gevolgd door de beschrijving van drie soorten woeker, bekend in de wetgeving van het ancien regime: de lucratieve, de straffende en de compenserende.

Daarna volgt een tekst met de verantwoording van de artikels 1905 en 1907 van de “Code Napoleon” betreffende de lening op interest. Deze artikels bepalen het volgende:

“Article 1905. Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d’argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

Article 1907. L’intérêt est légal ou conventionnel. L’intérêt légale est fixé par la loi: l’intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi le prohibe pas.

Le taux de l’intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.”

Daarbij heeft Meersseman geput uit de voorbereidende werken van de wet op de lening van 21 ventôse an XII (12 maart 1804)²¹.

²¹ *Recueil des lois composant le code civil. Avec les Discours des Orateurs du Gouvernement, les Rapports de la commission du Tribunat et les Opinions émises pendant le cours de la discussion, tant au*

Hij vertaalde grote delen van de toelichting van de staatsraad Galli, van het verslag van citoyen Bouteville en de toespraak van citoyen Albisson, redenaar van het Tribunaat.

Bij hun argumentatie van de voorgelegde teksten steunden de sprekers zich onder meer op uitspraken van Samuel von Pufendorf²², Antoine Genovesi²³, John Locke²⁴ en Charles de Montesquieu²⁵.

Slechts 4 arresten worden vermeld: twee van het Hof van Cassatie, respectievelijk van 13 december 1809 en van 4 mei 1811. Het arrest van 1809 gaat over de verplichting van een notaris om aan de aangestelden van de registratie mededeling te doen van een akte, waarbij een document onder zijn minuten in bewaring werd gegeven. Het ander cassatiearrest van 1811 betreft de afrekening van een mandataris. De twee arresten van het Hof van den Haag van 4 maart en 10 juni 1825 hebben hetzelfde onderwerp: de berekening van de termijn van neerlegging van het dubbel van het repertorium op de griffie van de rechtbank.

Eenmaal verwijst hij naar een zeer verspreid notarieel handboek uit het ancien regime: *La science parfaite des notaires* van de hand van Claude de Ferrière (1639-1715). Het gaat over de casus van het verlijden van een akte in een gevangenis.

Het werk uit 1682 werd herzien door zijn zoon Claude-Joseph (overleden rond 1748) en anderen en kende meerdere uitgaven. Er verscheen zelfs een vertaling in het Nederlands: C.J. DE FERRIÈRE, *De volmaakte wetenschap der notarissen, of het middel om in alles een bekwaam notaris te worden, enz. Mitsgaders de formulieren en voorschriften tot iedere stoffe betrekkelijk nagezien, vermeerdert en verbeterd. In het Frans oorspronkelijk beschreven en nu in het Nederduits vertaald en met aantekeningen vermeerdert. Waarbij nog gevoegd is een gewichtige stoffe over fideicommissaire goederen*. Deze vertaling werd in 1775 in twee boekdelen uitgegeven in Utrecht, door van Paddenburg.

Bij een akte waarbij een stomme persoon partij is, vermeldt Meersseman hoe hij dit in zijn akte heeft opgelost. Dit is de enige passage waarin de auteur uit zijn eigen praktijk put:

“Aliquando bonus dormitat Homerus”. Dit overkwam hem ook bij *V*^o Edicten, waar hij “het eeuwig edict van den jaere 1116 (sic)” aanhaalt met referentie aan het voorbehouden erfdeel of de legitieme portie van de kinderen. Doch dit komt helemaal niet voor in het Eeuwig Edict van 12 juli 1611²⁶.

Tribunat qu'au Corps législatif, et dont on a ordonné l'impression. Septième volume. Suite du Livre IIIe. Des différentes manières d'acquérir la Propriété, Parijs, Chez Randonneau, an XII-1804.

²² Samuel von Pufendorf (1632-1694), Duits rechtsfilosoof, politiek denker en historicus.

²³ Antoine Genovesi (1712-1769), Italiaans filosoof en econoom, was hoogleraar aan de Universiteit van Napels, waar hij wijsbegeerte en politieke economie doceerde (L. GREGOIRE, *Dictionnaire encyclopédique d'histoire, de biographie, de mythologie et de géographie*, Parijs, 1876, 834).

²⁴ John Locke (1632-1704), Engels filosoof, econoom en arts.

²⁵ Charles de Montesquieu (1689-1755), Frans filosoof, auteur van *L'Esprit des Lois*.

²⁶ G. MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611*, Brussel, 2000.

8. DE UITGAVE

Meersseman liet zijn werk drukken bij drukker-uitgever. Franciscus-Ludovicus Smaelen, in de Sint-Jacobstraat te Ieper.

Franciscus Smaelen is vooral bekend door de publicatie van het boek van David De Simpel (1778-1851) uit 1827: *Taalkundige tweespraak, waarin de Hollandse taalregels van Weiland en de spelling van Siegenbeek tegen die der voornaamste Vlaamsche taalopbouwers opgewogen, of tegengesproken en verdedigd worden, enz.*²⁷

Hij drukte voor notaris Meersseman de affiche voor de voormelde openbare verkoping van 6-20 oktober 1832.

Hij was de neef van Jan-Baptist Smaelen, die in Ieper bedrijvig was van 1788 tot 1825. Een vijftigtal publicaties staan op zijn naam.

Deze was gehuwd met Angela-Constantia Moerman. Vandaar de dubbele naam op zijn drukwerken: Smaelen-Moerman. Hij overleed te Ieper op 23 oktober 1826.

Zijn bedrijf werd voortgezet door zijn neef, Franciscus-Ludovicus, die te Ieper overleed in 1837.

De vader van Jan-Baptist Smaelen was Ignatius-Xaverius Smaelen, de tweede bibliothecaris van Ieper. Hij was aangesteld in 1841, doch overleed reeds enkele maanden na zijn aanstelling op 13 augustus 1841²⁸.

9. BESLUIT

Toen de *Dictionnaris* in 1830 het licht zag was dit het eerste originele notarisboek in het Nederlands in de 19e eeuw.

35 jaar later verrijkte Van Assche opnieuw de notariële rechtsliteratuur in het Nederlands met een nieuwe uitgave.

Dan was het wachten tot in de tweede helft van de 20e eeuw vooraleer oorspronkelijke Nederlandstalige modellenboeken gepubliceerd werden.

²⁷ Kultuurbibliotheek Brugge, Kb A 301d. Catalogus Tentoonstelling “Vijf eeuwen Nederlands. Luister van de Taal”, Brugge 1-23 maart 1997, nr. 61, 44.

²⁸ L. TYTGAT en R. OPSOMMER, *2000 jaar Stadsarchief Ieper. Hoeder van het verleden*, Ieper, 2019, 14.

LES AVANTAGES MATRIMONIAUX EN SÉPARATION DE BIENS. PROPOSITIONS DE CLAUSES COMMENTÉES

Philippe DE PAGE

I. CLAUSES

Les échanges de vue concernant les avantages matrimoniaux en séparation de biens, dans le dossier n° 4440, ont inspiré les propositions de clauses ci-après et leurs commentaires.

A. AVANTAGE MATRIMONIAL SUR BIENS INDIVIS, AVEC OU SANS CLAUSE DE DÉCOMPTÉ DE FINANCEMENT

1.- Les (futurs) époux conviennent, à titre d'avantage matrimonial au sens de l'article 2.3.64, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, pour le cas de dissolution du mariage par décès – et à condition que les époux ne soient pas séparés de fait à la suite d'une désunion durable d'au moins x mois ou qu'une procédure en divorce ou en séparation de corps n'ait pas été entamée –, que sont attribués au survivant, l'un ou l'autre ou les biens indivis décrits ci-après.

Ces biens sont ceux qui ont été acquis durant le régime à titre onéreux ou gratuit par les époux, quelle que soit la quotité indivise de chacun dans le ou lesdits biens, existant au jour du décès, à savoir :

- Tel ou tels actifs en comptes bancaires d'épargne ou de placements financiers immatriculés au nom des deux époux ;*
- Tout ou partie des biens mobiliers composant un immeuble ou les immeubles étant affectés, au jour du décès, au logement des époux ; ces mobiliers sont présumés, sauf preuve contraire, indivis ;*
- L'un ou l'autre des biens immobiliers indivis des époux suivants ;*

L'avantage matrimonial a pour objet la part indivise de l'époux prédécédé dans le ou lesdits biens indivis.

2.- L'époux bénéficiaire devra choisir celui ou ceux des biens indivis composant l'avantage matrimonial. Il pourra décider d'une attribution soit en pleine propriété, soit en usufruit, soit pour les uns en pleine propriété et pour les autres en usufruit.

Le choix est exercé, en personne ou par un mandataire, dans les quatre mois du décès par une déclaration notariée.

2.1.- À défaut de choix dans ce délai, l'attribution l'est en pleine propriété et concerne le ou les biens indivis suivants :

-
-

2.2.- Si l'attribution est choisie en usufruit, celui-ci ne pourra être, ultérieurement, converti que si le conjoint bénéficiaire demande cette conversion qui lui est, alors, acquise de plein droit et, dans les autres cas, si ce conjoint l'a acceptée par écrit.

3.- Aucun compte de créance ne peut être exigé quant à la participation financière de chaque époux lors de l'acquisition ou du remboursement du coût de cette acquisition, ou du financement des travaux de transformation ou d'amélioration du ou des biens indivis, ou à propos de l'alimentation des comptes bancaires d'épargne ou de placements financiers indivis, faisant l'objet de l'avantage matrimonial.

Variante¹ :

3.1.- Lorsque des capitaux ont été investis par l'époux prédécédé dans l'un ou l'autre des biens indivis prélevés à titre d'avantage matrimonial, un compte devra être établi pour déterminer si un excédent de participation financière existe dans le chef de cet époux par rapport à sa quote-part indivise dans le bien². L'excédent nominal devra être payé à la succession du conjoint prédécédé dans les _____ mois de l'arrêté de compte.

Ces capitaux sont ceux que possédait personnellement l'époux avant le mariage, ceux hérités, légués ou donnés à cet époux, et ceux provenant de l'aliénation d'un bien personnel ayant été lui-même financé par des capitaux personnels.

3.2.- En revanche, les paiements effectués par l'époux prédécédé au moyen de ses revenus ou d'économies sur ceux-ci sont exclus dudit compte. Ces paiements sont effectués à titre de contribution volontaire, notamment sur sa contribution dans les charges du mariage, et donc sans répétition possible d'un éventuel excédent.

¹ Voy. le commentaire à ce propos, *infra*, n° 10.

² Une variante pourrait limiter l'excédent remboursable s'il est établi que le différentiel de participation financière excédait de x % par rapport à la participation de l'époux prédécédé. Par exemple, la part indivise de celui-ci est de 60 % dans le bien et il en a financé 80 % : sa créance est de 20 %, mais la clause pourrait limiter cette créance à un montant inférieur, par exemple à la moitié de ce différentiel.

3.3.- *Par dérogation au point 3.1., aucun compte ne pourra être dressé en ce qui concerne les capitaux investis par l'époux prédécédé si le conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial a fait le choix d'une attribution en usufruit seulement.*

4.- *Aucun compte ne peut être dressé à propos du financement (achat, remboursement, etc.) des biens indivis énumérés au point 1 ci-dessus que le conjoint survivant n'a pas prélevé au titre d'avantage matrimonial.*

Ce ou ces biens seront donc dévolus selon les quotes-parts de chaque époux, sans créance compensatoire ou contributoire, et partagés comme de droit.

Variante :

Le financement (achat, remboursement, etc.) des biens indivis énumérés au point 1 ci-dessus que le conjoint survivant n'a pas prélevé au titre d'avantage matrimonial peut donner lieu à compte si leur financement a été réalisé au moyen de capitaux personnels de l'époux prédécédé. Un compte pourra être établi pour déterminer si un excédent de participation financière existe dans le chef de cet époux par rapport à sa part dans le bien indivis. En ce cas, l'excédent nominal devra être payé à la succession du conjoint prédécédé dans les _____ mois de l'arrêté de compte.

5.- *Le conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial participe, en proportion de la valeur du ou des biens indivis choisis par rapport aux biens successoraux laissés par l'époux prédécédé, au passif créé pendant le régime par cet époux. Cette participation ne concerne toutefois que le passif grevant spécifiquement le ou les biens indivis choisis à titre d'avantage matrimonial³.*

6.- *En cas d'aliénation à titre onéreux, durant le régime matrimonial, d'un ou de biens visé(s) au point 1, l'avantage matrimonial est reporté sur le ou les biens acquis par subrogation et subsistants à la date du décès.*

À défaut de preuve de cette subrogation, l'avantage matrimonial a pour objet la valeur d'aliénation du bien, c'est-à-dire la contrepartie perçue à la date de cette aliénation.

7.- *Clause de choix quant à la méthode de calcul de l'avantage matrimonial-donation⁴.*

³ Par exemple, si l'actif global laissé par le défunt est de 100, dans lequel le bien objet de l'avantage matrimonial est de 15, les dettes grevant ce bien sont supportées à concurrence de 15 % par l'attributaire de l'avantage matrimonial.

⁴ Voy., ci-après, la clause proposée, *infra*, n° 12.

B. AVANTAGE MATRIMONIAL À PROPOS D'UN OU DE BIENS PERSONNELS D'UN ÉPOUX

1.- Les (futurs) époux conviennent, à titre d'avantage matrimonial en application de l'article 2.3.64, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, pour le cas de la dissolution du mariage par le décès d'un des époux – et à condition que les époux ne soient pas séparés de fait suite à une désunion durable d'au moins x mois ou qu'une procédure en divorce ou en séparation de corps n'ait pas été entamée –, que seront attribués au survivant, les biens meubles et immeubles ci-après, existant au jour du décès dans le patrimoine de l'époux prédécédé :

- un des immeubles ayant servi de résidence principale ou secondaire aux époux et les meubles le meublant acquis durant le régime par l'époux prédécédé ;

et /ou :

- le ou les comptes d'épargne et/ ou de valeurs mobilières constitués durant le régime par l'époux prédécédé et immatriculés à son seul nom ;

et /ou :

- le droit au bénéfice du contrat d'assurance-vie individuelle souscrit pendant le régime par l'époux prédécédé au profit de son conjoint.

Ces biens sont uniquement ceux qui ont été acquis ou créés par l'époux prédécédé à titre onéreux durant le régime, c'est-à-dire au moyen de ses revenus ou d'économies ou capitaux constitués sur ceux-ci ou de capitaux provenant de la réalisation de biens ayant été acquis à titre onéreux.

En sont exclus les biens qu'il a acquis à titre gratuit et ceux financés par des capitaux lui ayant été échus par succession, testament ou donation ou qui résultent de l'aliénation de biens échus eux-mêmes à titre gratuit.

2.- Le conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial devra, en personne ou par un mandataire, dans les quatre mois du décès et par une déclaration notariée, faire le choix de l'une ou l'autre ou des attributions mobilières et /ou immobilières visées au point 1, et indiquer si ce choix porte sur la pleine propriété ou l'usufruit du ou des biens choisis.

À défaut de choix dans ce délai, l'attribution est en pleine propriété et concerne uniquement les actifs suivants :

-

-

3.- *Si l'attribution est choisie en usufruit, celui-ci ne sera, de droit, converti que si le conjoint bénéficiaire le demande et, dans les autres cas, de l'accord écrit de celui-ci.*

4.- *Aucun compte de créance ne pourra être exigé à propos du financement du ou des biens qui sont l'objet de l'avantage matrimonial.*

Variante⁵ :

4.1.- *Un compte pourra être exigé à propos du financement du ou des biens qui sont l'objet de l'avantage matrimonial lorsque l'époux prédécédé, ou le bénéficiaire de l'avantage matrimonial a investi des capitaux lors de l'acquisition ou des travaux de transformation ou d'amélioration du ou des biens choisis au titre d'avantage matrimonial. Dans ce cas, la créance est égale, exclusivement, au montant du capital investi.*

Ces capitaux sont uniquement ceux possédés par cet époux avant le mariage, ceux hérités, légués ou donnés à cet époux ou ceux provenant de l'aliénation d'un bien hérité, légué ou donné à cet époux.

4.2.- *Les financements réalisés au moyen de revenus, ou d'économies ou capitaux réalisés sur ceux-ci sont exclus dudit compte. Ces paiements constituent une contribution volontaire de sa part aux charges du mariage, et donc sans répétition possible d'un éventuel excédent.*

4.3.- *La créance devra être remboursée dans les _____ mois de l'arrêté de compte.*

5.- *Aucun compte ne peut être dressé à propos des financements relatifs à l'acquisition ou les travaux de transformation ou d'amélioration du ou des biens que le conjoint survivant n'a pas prélevés à titre d'avantage matrimonial. Ce ou ces biens seront donc dévolus selon la loi ou les volontés de l'époux prédécédé, sans compte compensatoire ou contributoire quelconque.*

Variante :

5.1.- *Un compte pourra être dressé à propos du ou des biens que le conjoint survivant n'a pas prélevés à titre d'avantage matrimonial, s'il est établi que cet époux a investi des capitaux personnels lors de l'acquisition du ou des biens ou du financement de travaux de transformation ou d'amélioration du ou des biens non choisis au titre d'avantage matrimonial. Dans ce cas, la créance est égale, exclusivement, au montant du capital investi.*

⁵ Voy. le commentaire à ce propos, *infra*, n° 10.

5.2.- *La créance devra être remboursée dans les _____ mois de l'arrêté de compte.*

6.- *Le conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial participe, en proportion de la valeur du ou des biens choisis par rapport au patrimoine laissé par l'époux prédécédé, au passif créé pendant le régime par cet époux. Cette participation ne concerne toutefois que le passif grevant spécifiquement le bien indivis choisi comme avantage matrimonial⁶.*

7.- *En cas d'aliénation à titre onéreux durant le régime matrimonial, d'un ou de biens visé(s) au point 1, l'avantage matrimonial sera exercé sur le ou les biens acquis par subrogation subsistant à la date du décès.*

À défaut de preuve de cette subrogation, l'avantage matrimonial a pour objet la valeur d'aliénation du bien, c'est-à-dire la contrepartie perçue à la date de cette aliénation.

Toutefois, en cas d'accord certain des époux à propos de cette aliénation, celle-ci rend caduc l'avantage matrimonial relatif à ce ou ces biens aliénés.

8.- *Clause de choix quant à la méthode de calcul de l'avantage matrimonial-donation⁷.*

II. BREFS COMMENTAIRES

§ 1. LES BIENS CONCERNÉS PAR LES CLAUSES

1. **Les « biens personnels-acquêts ».** – Les biens acquis à titre onéreux pendant le régime formeront, le plus souvent, l'objet de l'avantage matrimonial⁸.

Ils sont de deux types : soit la part du prémourant dans un bien acquis en indivis ou placé sous le statut de l'indivision par les époux durant le régime, soit un bien personnel acquis par un époux durant celui-ci⁹.

⁶ Par exemple, si l'actif global laissé par le défunt est de 100, dans lequel le bien objet de l'avantage matrimonial est de 15, les dettes grevant ce bien sont supportées à concurrence de 15 % par l'attributaire de l'avantage matrimonial.

⁷ Voy. le commentaire, *infra*, n° 12.

⁸ L'acquêt, dans son sens usuel, constitue un concept s'imposant dans tous les régimes matrimoniaux, permettant, par analogie, d'appliquer les avantages matrimoniaux dans les régimes en séparation de biens. Sur la question, voy. le dossier CEL/CSW n° 4440 et les conclusions, points 13 et 15, in *Comité d'études et de législation – Comité voor Studie en Wetgeving – Rapports – Verslagen 2022/1*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2022/1, p. 84-86.

⁹ La clause A, 1, concerne la part d'un époux dans un bien indivis acquis par les deux époux ; la clause B, 1, concerne un bien acquis par un époux.

2. Les non-acquêts. – Les biens acquis autrement – soit possédés par un époux avant la prise d’effet du régime, soit acquis à titre gratuit durant celui-ci (donation, succession, testament) – peuvent aussi faire l’objet d’un avantage matrimonial¹⁰.

L’effet de donation sera plus grand. En effet, il y a alors création, dans tous les cas, d’un avantage matrimonial (imparfait) réductible, tant en présence d’enfants communs (art. 2.3.57 C. civ., et par analogie 2.3.64, § 1, al. 4, C. civ.) que non communs (art. 2.3.58 C. civ., et par analogie 2.3.64, § 1, al. 4, C. civ.).

Il sera plus rare que des époux séparés de biens souhaitent que les biens d’origine familiale soient transmis, de cette manière, au conjoint.

3. Les autres clauses affectant la composition des patrimoines ou leur liquidation. - L’avantage matrimonial peut aussi avoir pour objet une clause supprimant un compte de créance entre les époux à propos de l’acquisition ou du financement d’un bien¹¹.

§ 2. L’AVANTAGE-DONATION

4. L’analogie en séparation de biens. – La création d’un avantage matrimonial n’est pas nécessairement génératrice d’une donation.

4.1.- Les *acquêts* sont, en présence *d’enfants communs*, transmis au conjoint survivant, sans requalification en donation (art. 2.3.57, et par analogie, art. 2.3.64, § 1, al. 4, C. civ.). Par conséquent, des biens acquis à titre onéreux par un époux durant le régime de la séparation de biens peuvent être transmis à son conjoint : l’avantage matrimonial n’est pas une donation réductible.

4.2.- En présence d’un enfant issu *d’une union ou relation antérieure*, seul le surplus ou l’excédent par rapport à un partage des acquêts par moitié est constitutif de donation (art. 2.3.58, al. 1, et 1 C. civ., et par analogie, art. 2.3.64, § 1, al. 4, C. civ.).

¹⁰ Voyez la clause A, 1.

¹¹ Voyez les clauses A 3 et A 4 et B 4 et 5.

§ 3. LE CARACTÈRE UNIVERSEL OU À TITRE PARTICULIER DE L'AVANTAGE MATRIMONIAL

5. Théorie et pratique. – La transmission, par avantage matrimonial, de tous les biens personnels-acquêts au conjoint sera rare¹², contrairement aux clauses attribuant tous les biens communs au conjoint survivant.

Les motivations qui soutiennent le choix du régime de la séparation de biens n'inclinent, en effet, pas à une telle extension. Les clauses proposées n'envisagent donc pas cette hypothèse, se limitant soit à la part indivise de l'époux prédécédé, soit à un ou certains actifs personnels de ce dernier.

§ 4. LES POINTS D'ATTENTION

1° La situation en cas de divorce

6. Le divorce. – Les avantages matrimoniaux définis dans la loi du 19 janvier 2022 font référence à l'avantage matrimonial « gain de survie »¹³.

Pourtant, la création ou le maintien d'un avantage matrimonial, en cas de divorce, est reconnu (art. 299 anc. C. civ.). L'existence d'un avantage matrimonial n'est pas liée au précédés de l'époux qui l'a consenti.

Il peut être *déterminé dans* la convention matrimoniale elle-même. *Dans ce cas*, il est lié au régime matrimonial contenu dans la convention matrimoniale, ce qui est la caractéristique constitutive de tout avantage matrimonial.

En revanche, si l'avantage, conçu dans la convention matrimoniale *pour le cas de décès*, est *maintenu* lors des opérations de liquidation du régime par le divorce, parce que les ex-époux ont transigé à ce propos, l'attribution du bien se réalise effectivement à titre onéreux, la transaction impliquant des concessions réciproques.

¹² Quoiqu'en principe licite, par application du critère de l'analogie : en ce sens les clauses proposées par les professeurs H. CASMAN et A.-L. VERBEKE, dans le dossier 4440, in *Comité d'études et de législation – Comité voor Studie en Wetgeving – Rapports – Verslagen 2022/1*, op. cit., 2022, p. 73, 74 et 76 et « Les avantages matrimoniaux dans un régime de séparation de biens », *Rev. not. belge*, 2020, p. 674-678. Toutefois, selon certains commentateurs, une telle extension pourrait heurter le principe de cohérence que doit respecter tout régime conventionnel : en ce sens, notamment M. VAN MOLLE, « Le régime de la séparation de biens corrigée », in M. VAN MOLLE (dir.), *La réforme des régimes matrimoniaux en pratique*, Limal, Anthemis 2019, n° 46. Aussi, M. VAN MOLLE, « Les avantages matrimoniaux dans le livre 2.3 du Code civil », in L. BARNICH et al. (dir.), *Évolutions récentes du droit patrimonial de la famille : réformes, jurisprudence et codification*, Limal, Anthemis, 2023, n° 35, p. 323 ; Ph. DE PAGE, « Les avantages matrimoniaux new-look : comment les apprivoiser et les pratiquer ? », in *Les livres 2.3 et 4 du nouveau Code civil : constances et inconstances d'une recodification*, in *Rev. not. belge*, 2023, n° 15, p. 93-94.

¹³ Les clauses A, 1 et B, 1 sont rédigées dans cette perspective.

7. Le débat. – Faut-il considérer qu'en raison de la *clause* de la convention matrimoniale, l'avantage délivré dans le cadre des opérations patrimoniales liquidatives ensuite du divorce est *aussi* acquis définitivement à titre onéreux à l'ex-conjoint bénéficiaire ? Ou, doit-on garder à l'esprit que cet avantage peut constituer un avantage matrimonial imparfait – susceptible de réductibilité dans le cadre des opérations liquidatives de la succession de l'ex-conjoint au décès de celui-ci ?

À notre avis – mais la réponse n'est pas unanime¹⁴ –, la seconde solution devrait prévaloir. L'avantage matrimonial demeure, dans les cas prévus par la loi, un avantage-donation, qui doit être incorporé, comme toutes les donations, dans la masse successorale de l'article 4.153 du Code civil pour le calcul de la quotité disponible sur laquelle l'avantage-donation sera imputé.

2° La subrogation

8. L'impact éventuel de l'article 3.10 du Code civil. – En cas d'aliénation, pendant le régime, du bien qui est l'objet de l'avantage matrimonial, le report de l'avantage sur le bien de substitution est-il la règle ?

Deux approches sont possibles.

La première est fondée sur les articles 5.69 et 5.70 du Code civil (art. 1134 anc. C. civ.) : les époux ont décrit précisément le bien qui est l'objet de l'avantage matrimonial dans la convention matrimoniale. La disparition de ce bien rend, donc, sans objet ou caduc l'avantage matrimonial.

La deuxième est fondée sur l'article 3.10 du Code civil : la subrogation est, de manière générale, automatique chaque fois qu'il s'agit de permettre la poursuite de l'affectation convenue (ici, l'avantage matrimonial) à propos du bien initial.

9. Le débat. – Il est délicat pour le rédacteur de la convention matrimoniale.

La première interprétation crée la possibilité, spécialement dans le régime de la séparation de biens, pour un époux de « révoquer » unilatéralement l'avantage matrimonial qu'il a consenti, en aliénant le bien, même de bonne foi.

Il est, à notre avis, possible de limiter les effets de cette aliénation en prévoyant que celle-ci n'entraînera la perte de l'avantage matrimonial *qu'en cas de consentement à l'aliénation* par le conjoint potentiel bénéficiaire¹⁵. Il en résulte qu'en

¹⁴ Comp. les opinions développées par les professeurs H. CASMAN et A.-L. VERBEKE, *Rev. not. belge, op. cit.*, n° 59, p. 609-610 et R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Relatievermogensrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, n° 264.

¹⁵ En ce sens, la clause A, 6 et B, 7. Voyez, en régime de communauté conventionnelle, l'article 2.3.55, § 2, alinéa 2, du Code civil réglant l'aliénation du bien qui est l'objet d'un préciput.

l'absence d'un tel accord, l'avantage matrimonial est conservé *sur le bien de remplacement* (application de la subrogation), ou l'est *en valeur*, à concurrence de la valeur du bien aliéné au moment de cette aliénation (si la subrogation n'a pas été réalisée ou pu être prouvée)¹⁶.

Une objection pourrait être soulevée. La clause ne permet-elle pas de modifier, durant le régime, le régime matrimonial et porter, de ce fait, atteinte à l'irrévocabilité de la convention matrimoniale (art. 2.3.8 C. civ.) ?

La réponse nous paraît devoir être négative. Car, dans ce cas, la convention matrimoniale initiale règle par elle-même la (non-)application de la subrogation, sauf si une aliénation a été, ou non, acceptée par les époux.

L'application automatique de la subrogation – à rappeler quand même dans la convention matrimoniale – est, dès lors, plus sécurisante mais elle implique de conserver la traçabilité spécifique du bien de remplacement par rapport au bien originaire. Or, sur le terrain des preuves, la pratique montre que les époux, même séparés de biens, ne conservent pas toujours scrupuleusement, ces preuves. C'est pourquoi, est-il suggéré, à titre subsidiaire, de retenir la « subrogation » en valeur si cette traçabilité n'a pu être établie.

3° L'avantage matrimonial et de la créance de remboursement des capitaux investis

10. Le cumul. – Une clause peut organiser le remboursement des capitaux investis – la clause doit être précise quant à quel type de capitaux il s'agira¹⁷ – par l'époux prédécédé ou son conjoint dans le bien qui est l'objet de l'avantage matrimonial délivré au profit de ce conjoint¹⁸.

En ce cas, la créance de remboursement¹⁹ entre dans la masse des biens successoraux si elle est en faveur de l'époux prédécédé ; elle augmente, en faveur du conjoint bénéficiaire de l'avantage matrimonial, la quotité disponible au cas où l'avantage devrait être requalifié en donation réductible.

Mais, cela signifie aussi, pour le bénéficiaire de l'avantage matrimonial qui est le débiteur de la créance, *une diminution économique* de l'ampleur de cet avantage.

¹⁶ La question a été posée à propos de la clause organisant la mise en indivision sous condition résolutoire d'un bien qui appartenait à un époux, marié sous le régime de séparation de biens : Dossier CEL-CSW n° 6403, « Inbreng in onverdeeldheid onder ontbindende voorwaarde in een stelsel van scheiding van goederen » et le rapport des professeurs H. CASMAN et A.-L. VERBEKE, spécialement p. 127-129, faisant référence aux travaux consacrés, dans un rapport antérieur du CSW sur cette question de subrogation, du professeur J. VERSTRAETE, et la clause proposée en annexe du rapport précité de H. CASMAN et A.-L. VERBEKE, p. 151-152.

¹⁷ Par exemple, seuls les capitaux d'origine familiale échus à titre gratuit.

¹⁸ Voyez les clauses, *sub* A., 3.1. et B. 4.1.

¹⁹ Les capitaux investis dans le bien personnel qui était la propriété de l'époux prédécédé ou la part excédentaire de ces capitaux par rapport à la part indivise de l'époux prédécédé dans le bien.

4° La méthode de calcul

11. Les incertitudes. – La manière de calculer le montant de l'avantage matrimonial-donation n'est pas précisée et fait débat.

Dans un régime de communauté conventionnelle, la méthode est simple : l'avantage résulte de la comparaison de la liquidation de ce régime avec celui du régime légal, le différentiel étant le quantum de l'avantage à prendre en compte s'il doit être disqualifié en donation dans les cas prévus par la loi.

Dans un régime de séparation de biens, la même méthode pourrait, par analogie, être appliquée aux biens *de l'époux prédécédé* faisant l'objet de l'avantage matrimonial.

Mais, selon certains, cette méthode doit être écartée. L'analogie de l'article 2.3.64, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil devrait être interprété autrement : il faut donc prendre en compte et cumuler, pour quantifier l'avantage matrimonial, tous les biens acquis par les *deux époux*, de sorte que l'avantage n'existera que si la clause attribue à l'époux survivant plus que la moitié de cette masse globalisée.

12. Une clause. – Comment, pour le praticien, tracer une voie « notariale » raisonnable, dans l'attente d'une orientation jurisprudentielle ?

Il paraît possible de régler la problématique par *une clause* de la convention matrimoniale par laquelle les époux choisissent la méthode de calcul. On pourrait, *a priori*, objecter le caractère impératif de la matière des avantages matrimoniaux qui ferait obstacle à toute clause dérogeant au mécanisme légal. Mais, précisément, la question n'est pas explicitement réglée par l'article 2.3.64, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil.

On peut donc *proposer*, dans la convention matrimoniale, l'une ou l'autre de ces méthodes de calcul discutées en doctrine.

Soit, celle choisie sera finalement la méthode « légale » qui se dégagera de la jurisprudence, soit, elle ne le sera pas. Dans ce dernier cas, les parties (l'époux survivant et les héritiers du prédécédé) peuvent toujours, lors des opérations de liquidation du régime de la séparation de biens, décider d'appliquer, ou non, la stipulation conventionnelle.

La clause pourrait être la suivante :

Ayant été informé par le notaire instrumentant des différentes méthodes possibles de calcul du montant de l'avantage matrimonial dans les cas où la loi impose ce calcul aux fins de déterminer la donation résultant de la clause (des clauses) ci-dessus, les époux font choix de la méthode :

Choix à effectuer entre :

Soit : dite « comparative » consistant à dégager du patrimoine de l'époux prédécédé ayant consenti l'avantage matrimonial le différentiel entre la liquidation de son patrimoine selon le régime de séparation de biens pure et simple et celle des clauses adoptées en l'espèce ;

Soit : dite « cumulative », consistant à additionner les biens acquis à titre onéreux par des deux époux, pour déterminer si la clause (les clauses) attribue(nt) à l'époux survivant un excédent par rapport au partage par moitié de cette masse globale, étant précisé que les biens acquêts du conjoint survivant constituent, dans ce calcul, une part de cette moitié et donc, de son excédent éventuel.

§ 5. RÉFLEXIONS

13. Le devoir de conseil du notaire. – L'extension des avantages matrimoniaux au régime de la séparation de biens offre aux couples un instrument complémentaire de transmission de biens entre époux.

Ils disposent, désormais, à propos d'un bien personnel de trois possibilités : (a) la donation durant le régime²⁰, (b) la donation par contrat de mariage²¹ et (c) l'avantage matrimonial²².

Cette approche, pragmatique, inclinera, sans doute, à ne pas conférer une trop grande étendue aux biens faisant l'objet de l'avantage matrimonial en séparation de biens.

Il se justifie, au cas par cas, à propos de l'un ou l'autre bien parmi les biens personnels-acquêts de l'époux prédécédé, par exemple la part indivise dans un bien acquis par les époux²³, ou un bien en particulier, par exemple une résidence secondaire ou le bénéfice d'une assurance-vie²⁴.

Le conseil du notaire est donc fort important et sera, sans aucun doute, mesuré à la situation particulière des époux.

²⁰ Révocable ad nutum (art. 4.240 C. civ.) et sinon, réductible.

²¹ Non révocable, sauf modification de la convention matrimoniale elle-même, mais en tout cas réductible.

²² Non révocable, sauf modification de la convention matrimoniale elle-même, mais dans certains, cas réductible. Cette conséquence peut amener le rédacteur de l'avantage matrimonial à ne pas le proposer si son objet est trop important, et, dès lors, à cantonner les époux à une donation « simple » durant le mariage.

²³ Évitant au conjoint survivant les tentions en cas de partage.

²⁴ L'octroi de ce bénéfice est, sauf circonstances spécifiques, analysé comme une donation : article 188 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances précisant qu'en cas de décès du preneur, la prestation d'assurance est, conformément au Code civil, sujette à réduction et rapport.

§ 6. TABLEAU DES AVANTAGES MATRIMONIAUX ET LEUR QUANTUM EN SÉPARATION DE BIENS

14. Essai de synthèse

A.- Enfants communs

a.- L'attribution des biens personnels-acquêts (acquis durant le régime) au conjoint survivant : pas de donation.

b.- L'attribution d'un non-acquêt : donation pour la valeur du bien attribué au conjoint.

c.- Clause autre : valeur de la clause ; par exemple, une clause supprimant une créance entre époux : donation portant sur la valeur de la créance.

B.- Enfants non communs

a.- L'attribution de biens personnels-acquêts (pendant mariage) est une donation pour la part dépassant le cumul des acquêts des époux partagés par moitié ;

b.- L'attribution de non-acquêts au conjoint survivant : donation pour la totalité, car la clause crée la donation ;

c.- Autre clause : par exemple, une clause supprimant une créance entre époux : donation portant sur la valeur de la créance.

LE POUVOIR DE DISPOSITION FONCTIONNEL DE L'USUFRUITIER À L'AUNE DU LIVRE 3 DU CODE CIVIL ET DE LA PRATIQUE. CLAUSE COMMENTÉE

Pierre-Yves ERNEUX et Arianne SALVÉ

A. NOTION

1. La nouvelle définition de l'usufruit. Les définitions des droits réels d'usage, énoncées par le livre 3 du Code civil, sont impératives. Elles revêtent par conséquent une haute importance. En vertu de celles-ci (Cf. art. 3.138 et 3.167 du Code civil), l'usufruit, comme l'emphytéose, confèrent à son titulaire un droit d'usage et de jouissance. L'amplitude de l'usage et de la jouissance penche toutefois clairement en faveur de l'emphytéose au détriment de l'usufruit. S'il s'agit d'un « plein usage » et d'une « pleine jouissance » dont la contrainte est ne pouvoir « rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble », en matière d'emphytéose, il s'agit, en matière d'usufruit, d'un « droit temporaire à l'usage et à la jouissance », exercé « de manière prudente et raisonnable, d'un bien appartenant au nu-propriétaire, conformément à la destination de ce bien et avec l'obligation de restituer celui-ci à la fin de son droit ».

La destination-pivot, apte à éclairer les limites de l'usage et de la jouissance, est pour l'emphytéose, l'*interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble*. Parallèlement, la destination-pivot est en matière d'usufruit consiste en un *exercice prudent et raisonnable*, autour de la notion de *destination*, avec pour dessein d'être en mesure de restituer le bien lui-même.

2. Une approche moderne : dans le cadre général, la maximalisation des prérogatives de l'usufruitier. Tout est souvent affaire de perspective. On aurait en effet pu penser, en s'arrêtant à la locution « *de manière prudente et raisonnable* » incluse dans la définition de l'usufruit que les prérogatives de l'usufruitier demeuraient étrangères à tout pouvoir de disposition, à tout le moins pour les biens non consommables ou non fongibles¹.

C'eût été sans compter, peut-être, à l'aune de l'éviction de la fiducie du projet de loi portant le livre 3 du Code civil², que les auteurs de la réforme étaient visible-

¹ Sur cette notion, art. 3.44 du Code civil

² Les travaux préparatoires nous apprennent que cette option a été justifiée essentiellement par deux raisons : a) la difficulté des parlementaires à appréhender les conséquences fiscales de cette institution,

ment sensibles à la propriété fiduciaire de l'usufruit telle que conçue en doctrine, sous l'empire de l'ancien droit (*cf.* art. 587 de l'ancien Code civil, aujourd'hui abrogé).

Suivant une approche résolument moderne, les auteurs de la réforme ont ainsi décidé de renverser les perspectives et conçu au bénéfice de l'usufruitier, un pouvoir de disposition qualifié par la doctrine de « fonctionnel »³, en prenant paradoxalement appui sur cette même notion-pivot (d'exercice prudent et raisonnable en liaison avec la destination du bien) : la locution n'est pas seulement une limite mais également un « faire-valoir » pour maximaliser les prérogatives de l'usufruitier sans le départir de la notion de destination.

3. Le siège du pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier.

L'art. 3.148 du Code civil énonce « *Sans préjudice de l'article 3.165, un usufruitier peut disposer du bien grevé en dehors des limites de ses prérogatives si : 1° une disposition légale particulière l'y autorise ; 2° cela correspond à la destination des biens qui existait déjà au moment de la constitution de l'usufruit ou qui est stipulée contractuellement entre les parties et que cela s'inscrit dans le cadre de son obligation d'administration prudente et raisonnable du bien ; ou 3° l'usufruit concerne des biens consommables. L'article 3.159 s'applique dans les trois cas.* »

Selon l'exposé des motifs de la réforme, cette disposition concerne la relation entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. L'approche du législateur de 2020 est de dépasser la vision traditionnelle de l'usufruit, vu comme « démembrement » de la propriété, considérée comme une séparation entre, d'une part, l'usage et la jouissance (*usus et fructus*) et, d'autre part, la disposition (*abusus*), comme une dualité entre usufruitier et nu-propiétaire⁴.

Dans une approche résolument moderne, le législateur de 2020 commence à entrevoir l'usufruitier comme *une sorte de propriétaire fiduciaire* qui serait toujours titulaire d'un droit de disposition lié à la destination⁵. Ce pouvoir de disposition fonctionnel s'appliquerait dès lors que l'acte de disposition envisagé est conforme à la destination des biens et partant, dans l'intérêt commun de l'usufruitier et du nu-propiétaire que l'on n'oppose plus à outrance mais que l'on voit collaborer sur des questions cruciales. Au sein de cette logique, le res-

b) le fait que le gouvernement était alors en affaires courantes (Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Amendements, Doc., Ch., 2019, Séance du 10 décembre 2019, DOC 55-0173/002, p. 40 ; Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, Rapport de la 1^{ère} lecture, Doc., Ch., 2019, Séance du 27 décembre 2019, DOC 55-0173/004, pp. 10-11 et 17).

³ D. VANDYCK (Coord. P-Y ERNEUX et I. GERLO), « Titre 6 (Usufruit) », in *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, Anthemis-Fednot, 2021, n° 242, p. 203.

⁴ Voy., projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, ch. des repr., 2018-2019, doc 54, 3348/001, pp. 287 et s., disponible sur <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf>

⁵ *Ibid.*

pect de la destination émerge comme « notion-pivot » habile à ouvrir à contenir le pouvoir de disposition de l'usufruitier, en tension avec le concept de gestion prudente et raisonnable.

4. Le pouvoir de disposition fonctionnel et ses balises. Ce pouvoir de disposition peut trouver différentes assises⁶ :

- il peut être l'expression de l'adage *nemo plus iuris...* Les mots « en dehors des limites de ses prérogatives » qui figurent dans la disposition à l'examen ont précisément été ajoutés, parce que l'usufruitier dispose d'un pouvoir de disposition général même en dehors des cas cités à l'article 3.148 du Code civil, mais dans les limites de ses prérogatives (*nemo plus*). Il est ainsi admis que l'usufruitier peut concéder une servitude, naturellement dans les limites de ses propres pouvoirs et limitée donc à la durée (souvent aléatoire) de son propre droit. Ainsi aussi, l'usufruitier peut, dans les limites de son droit, concéder un (sous-)usufruit ;
- en outre, et encore que cela ne doive pas faire l'objet d'une dérogation légale spécifique à l'article 3.148 du Code civil, le pouvoir de disposition peut faire l'objet d'une dérogation conclue contractuellement entre l'usufruitier et le nu-proprétaire, conformément à l'article 3.1 du Code civil⁷ ;
- ensuite, l'usufruitier dispose d'un droit de disposition fonctionnel dans un certain nombre de cas exceptionnels répondant aux exigences cumulatives de conformité à la destination du bien grevé et de bonne gestion (ex. art. 3.144, alinéa 3 du Code civil)⁸.

Notons que selon certains auteurs, cette faculté de disposer, lorsqu'elle est conventionnellement façonnée, ne peut pas être ajoutée par les parties à l'acte constitutif *dans n'importe quelle situation*⁹, la définition même de l'usufruit s'imposant aux parties et ne prévoyant aucun abus au profit de l'usufruitier mais au contraire une obligation de restituer le bien grevé. Ces auteurs prennent, ce faisant, le contre-pied des travaux préparatoires qui admettaient assez largement le principe d'une dérogation conventionnelle sur ce point, dans l'esprit de la réforme majoritairement supplétive d'ailleurs¹⁰.

⁶ L'usufruit sur une universalité n'est pas mentionné ici parce que l'usufruitier d'une universalité n'est pas habilité à disposer du bien grevé d'usufruit (à savoir l'universalité de fait même), mais uniquement des éléments constitutifs de celle-ci. C'est la raison pour laquelle l'usufruit sur une universalité figure dans les formes particulières d'usufruit (voir *infra* SB \$).

⁷ Voy., projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, ch. des repr., 2018-2019, doc 54, 3348/001, pp. 287 et s., disponible sur <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf>

⁸ En vertu de l'art. 3.144. (Conservation), « Si l'usufruit porte sur des biens qui sont périssables ou sujets à une dépréciation rapide, ces actes peuvent également inclure des actes de disposition, en cas de nécessité. Celui de l'usufruitier ou du nu-proprétaire qui a accompli l'acte doit le notifier sans délai à l'autre. » Voy. sur cette question, V. DEFRAITEUR, « L'usufruit version « 2020 » en 20 questions », in *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 269.

⁹ Voy. N. BERNARD, p. 208.

¹⁰ Voy. projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, ch. des repr., 2018-2019, doc 54, 3348/001, pp. 287 et s., disponible sur <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf>

L'opposition entre ces deux visions ne tiendrait-elle pas soit à une interprétation trop littérale peut-être de l'obligation de restitution, soit à une interprétation différente de la notion de destination du bien grevé que les parties peuvent précisément baliser contractuellement ? Cela nous semble probable. En effet, si l'article 3.138 du Code civil, *lex generali* (portant définition de l'usufruit) – à laquelle les parties ne peuvent déroger sauf *lex specialis* –, parle d'obligation pour l'usufruitier de *restituer le bien* grevé par son droit, ne peut-on admettre, au regard de l'article 3.148 qui confère expressément le pouvoir de disposition, que restituer la valeur (art. 3.159 C.civ.), en cas d'aliénation permise conventionnellement (art. 3.138, 2°), c'est tout autant ce conformer, en tant qu'usufruitier, à son obligation de restitution ?

5. La notion-pivot (légale) de destination. S'agissant de la notion de destination (art. 3.138), certains se demandent si cette notion doit se définir comme correspondant à *l'utilisation qui peut en être faite en cours de droit* ou *dans sa restitution en fin de droit*, et semblent opter pour cette dernière solution¹¹. C'est peut-être aller un peu loin dans l'impérativité du texte, au vu de la définition reprise à l'article 3.143 du Code civil.

En vertu de l'article 3.1 du Code civil, ne pourrait-on admettre que la destination soit plutôt simplement ce à quoi est destiné *concrètement* le bien grevé lors de la naissance de l'usufruit, son aménagement concret (et sans doute régulier) (ex. un immeuble d'habitation unifamiliale, un jardin, un parc, un bois, une carrière, un immeuble de logements multiples, un immeuble de kots d'étudiants, un entrepôt, un commerce,...) ou ce qui est *convenu* entre parties dans l'acte constitutif ?¹² Cette notion de destination trouve échos dans les travaux préparatoires, tant en matière d'usufruit (alors que le critère du respect de la substance disparaît) qu'en matière de copropriété (art. 3.71 du Code civil), de mitoyenneté (art. 3.106) ou d'emphytéose (art. 3.167). De plus, elle trouve définition et assise à l'article 3.143, alinéa 1^{er} in fine du Code civil, en ces termes « *La destination du bien est celle qui lui est donnée par le contrat ou, à défaut de contrat, celle qui est présumée selon la nature des biens et l'usage que le nu-proprétaire en a fait précédemment » ». La place de cette définition a toute son importance car si elle ne figure pas dans celle-même de l'usufruit, elle prend place après un première phrase¹³ dont le caractère impératif n'est pas sujet à discussion.*

En conséquence, nous pensons qu'il ne convient pas d'aller au-delà de l'assertion légale pour baliser la notion de destination : ainsi, à défaut de précision dans le contrat d'usufruit, d'ailleurs susceptible d'être amendé en cours d'existence de l'usufruit, il n'y a pas lieu de l'étendre à la prise en compte des potentialités

¹¹ N. BERNARD, p. 209.

¹² Voy. P. LECOQ, « La réforme du droit des biens. Aspects notariaux », in *Chron. not.*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 193.

¹³ « Nonobstant toute clause contraire, l'usufruitier a l'usage du bien grevé pour autant qu'il agisse de manière prudente et raisonnable et qu'il respecte la destination dudit bien ».

théoriques du bien grevé, son affectation abstraite ou son aménagement possible et ainsi, par exemple, de permettre à un usufruitier de transformer une pâture louée en bail à ferme, mais située au plan de secteur en zone à bâtir, en un terrain construit d'une maison unifamiliale, par ex., avec jardin. Cela ne serait concevable précisément, à notre estime, que si les parties avaient envisagé cette destination dans l'acte constitutif et/ou, en cours de droit, moyennant l'accord exprès et écrit, pour des questions évidentes de preuve, du nu-propiétaire.

Dans le même esprit, s'engager sur le terrain de la liberté contractuelle pour aller au-delà de la destination concrète implique de ne pas perdre de vue l'autre précepte de gestion prudente et raisonnable. Il semble donc indiqué pour les praticiens, en vue de prévenir le risque de déchéance¹⁴, de matérialiser les contours du pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier, en prenant soin de préciser un ensemble d'éléments, tel :

- les conditions de mise en œuvre de ce pouvoir (est-ce que l'usufruitier est libre de disposer en toutes circonstances ou seulement, en présence de certains événements ?),
- la définition de la destination,
- la liberté d'appréciation de l'usufruitier dans le choix des biens appelés à remplacer le bien initialement grevé d'un usufruit,
- les contours de son pouvoir et de ses obligations en termes d'administration et de conservation, y compris dans l'appel aux services de tiers,
- et les conditions de la restitution du ou des biens venus en lieu et place de celui-ci.

B. QUESTIONS PARTICULIÈRES

6. La persistance du quasi-usufruit. Le droit de disposition fonctionnel permet également de maintenir l'ancien cas du « quasi-usufruit » dans la théorie générale de l'usufruit¹⁵. Le quasi-usufruit est donc bien vu comme un véritable usufruit et non comme un droit de quasi-propiété (le nu-propiétaire conserve donc son droit réel corrélatif de nue-propiété et permet aux protections liées à la durée de l'usufruit de s'appliquer également dans cette hypothèse d'un usufruit sur un bien consommable (ex. l'usufruit prend fin dans le cas où l'usufruitier est déclaré en faillite).

¹⁴ « Sous réserve d'autres dispositions du présent Livre, les droits réels d'usage s'éteignent également par : (...) 4° la déchéance, prononcée par le juge, si le titulaire abuse de manière manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages au bien, soit parce qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien, sans préjudice du pouvoir pour le juge d'imposer, en lieu et place de la déchéance, d'autres conditions pour l'exercice de son droit. Le constituant d'un droit réel d'usage peut aussi agir immédiatement en cessation ou en réparation en nature contre le titulaire de ce droit si ce dernier réalise des ouvrages ou plantations excédant les limites de son droit. » (art. 3.16, 4° du Code civil).

¹⁵ Art. 587 de l'ancien Code civil.

Il n'est pas inutile de rappeler au regard de ce qui précède que pour les actes de disposition qui outrepassent les limites de son pouvoir, en dehors des cas énumérés à l'article 3.148 du Code civil, l'usufruitier n'a pas le droit de les poser, dès lors qu'il ne peut céder plus de droits qu'il n'en a lui-même et doit rester dans les limites de la définition légale de l'usufruit¹⁶.

7. L'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel dans le contexte d'une universalité. L'article 3.165. (Usufruit sur une universalité de biens) énonce : « *Lorsque l'usufruit porte sur un ensemble déterminé de biens, l'usufruitier peut disposer¹⁷ des différents biens qui composent cette universalité si cela correspond à la bonne administration de l'universalité et à condition que les biens qui leur sont substitués soient à nouveau affectés à l'universalité.* »

Lorsque l'usufruit porte sur une universalité de fait, l'exigence principale qui pèse sur l'usufruitier, c'est celle de la « bonne administration », laquelle implique en principe le droit de modifier le profil de risque et même, en certaines circonstances, la nature des éléments qui composent à l'origine cette universalité de fait.

L'autre exigence consiste dans le fait que les biens ou droits venus en remplacement doivent continuer d'être appréhendés comme une universalité de fait. Pour ce motif et pour éviter d'entrer dans la discussion relative au maintien de l'appartenance à une telle universalité, il nous paraît utile que les clauses des actes et conventions soient rédigées en conséquence.

8. Le sort du produit de la vente en cas d'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel : liberté et obligation de restitution de l'usufruitier. L'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel suscite mécaniquement deux autres questionnements :

- quelle est la marge de manœuvre laissée par la loi à l'usufruitier, s'il perçoit, comme c'est généralement le cas (sauf échange parfait), des fonds en lieu et place du bien vendu ?
- que devient son obligation de restitution, puisque le bien initial a disparu du fait de l'aliénation ?

La loi apporte des réponses précises à ces deux questions :

- la première git à l'article 3.162 du Code civil, lequel énonce « *Si un usufruit porte sur des choses de genre, l'usufruitier doit les tenir physiquement séparées des autres biens de même nature qui ne sont pas soumis à l'usufruit. Si l'usufruit porte sur de l'argent ou si de l'argent est perçu du fait de l'aliénation par l'usufruitier conformément à l'article 3.148, l'usufruitier doit placer cet argent ou l'employer dans l'intérêt des autres biens soumis à l'usufruit, après*

¹⁶ A moins que l'usufruitier ne pose, sur la base d'une procuration, des actes de disposition (également) pour le compte du nu-propiétaire. Dans ce dernier cas, l'usufruitier intervient comme représentant.

¹⁷ Nous soulignons.

avoir obtenu le consentement du nu-proprétaire. S'ils ne peuvent s'accorder, la partie la plus diligente peut s'adresser au juge afin de faire désigner un tiers qui sera chargé de la gestion de ces sommes. » Il s'ensuit, d'une part, une exigence d'individualisation du produit de la vente et d'autre part, un retour du consentement du nu-proprétaire. Cette seconde exigence peut surprendre si elle est mal comprise (« quel est le sens d'un pouvoir de disposition, si l'usufruitier ne peut pas décider seul de l'affectation du produit de la vente ? »). Sa cause tient en ce que toute aliénation provoque le risque d'évanouissement de la « destination » du bien or, comme nous l'avons indiqué, celle-ci est le pivot qui permet d'encadrer l'obligation de restitution. À notre estime, s'il y a lieu¹⁸, il est donc parfaitement possible de déroger à l'exigence de consentement du nu-proprétaire inscrite à l'article 3.162, alinéa 2 du Code civil, pour autant que les modalités de placement et le sort du produit de l'aliénation, ainsi que le cas échéant, la destination¹⁹, aient été préalablement balisés²⁰ ;

- en dehors des universalités et sauf le cas, la second réside dans l'article 3.159 du Code civil. Cette disposition énonce une règle en cascade, en cas d'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel. L'obligation de restitution porte sur la valeur du bien estimé lors de la vente et à défaut, celle lors de la constitution de l'usufruit. Par ailleurs, si, en outre, aucune description du bien n'a été réalisée à l'ouverture de l'usufruit – de sorte qu'il est compliqué de l'estimer –, l'usufruitier doit payer la plus haute des deux sommes entre la valeur des biens à l'ouverture du droit ou leur valeur à la fin du droit.

C. ASPECT FISCAL

9. L'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel fait-il courir le risque d'un legs fictif ou encore celui d'un passif fictif ? L'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel est théoriquement doublement questionné par la fiscalité indirecte successorale :

- d'une part, par le risque de requalification en legs fictif au titre d'article 9 du Code des droits de succession (ou article 2.7.1.0.7 du Code flamand de fiscalité). A supposer que la situation de départ ne soit pas exposée à cette fonction, est-ce que l'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel ne risque pas lors de l'achat du ou des biens venus en remplacement du premier de replacer les nu-proprétaires dans le giron de cette fiction ? ;

¹⁸ S. SCARNA considère que l'article 3.162, al. 2 du Code civil (consentement du nu-proprétaire requis) est supplétive (*). Nous nous demandons s'il ne faut pas considérer que ce consentement ne concerne que les situations dans lesquelles l'usufruit porte initialement sur de l'argent. En effet, en pareille situation, la Destination fait défaut, puisque l'argent ne contient aucune destination : c'est sans doute la raison pour laquelle le législateur a expressément prévu, ici, le consentement du nu-proprétaire, ce qui permet de donner une « destination » (pour rappel, la destination est vraiment la notion pivot de l'usufruit, en ce qu'elle permet de cadrer la jouissance et assure la restitution future du bien).

¹⁹ Cf. n° 5.

²⁰ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle cette exigence n'est pas présente en tant que tel dans le contexte d'une universalité, si le maintien du bien venu en remplacement est assuré au sein de celle-ci après l'aliénation.

– d’autre part, par le risque de passif fictif au titre d’article 33 du Code des droits de succession (ou article 2.7.3.2.1. du Code flamand de fiscalité). À supposer qu’il soit fait usage du pouvoir de disposition fonctionnel et que le emploi s’opère dans un ou plusieurs biens qui sont acquis par l’usufruitier, est-ce que le nu-proprétaire pourra porter la dette de restitution au passif de la succession de l’usufruitier ?

La notion-pivot de destination, combinée à une gestion prudente et raisonnable, a permis de fonder le pouvoir de disposition fonctionnel de l’usufruitier.

Ici, la question posée est celle de savoir si, dans la suite de l’aliénation, la subrogation réelle prend un relais efficace sur le plan fiscal, c’est-à-dire apte à préserver la neutralité fiscale de l’exercice du pouvoir de disposition fonctionnel. À cet égard, force est de constater que les indicateurs sont largement « au vert », sous le bénéfice d’une indiscutable consécration de la figure de la subrogation réelle. La seule exigence est celle du remplacement utile du bien aliéné, ce qui paraît incontestable, si le remplacement du bien initialement grevé d’un usufruit prend la forme d’avoirs bancaires et/ou de bien(s) respectue(x) de la destination.

Développons. Avant l’entrée en vigueur du livre 3 du Code civil, la subrogation réelle, quoi que reconnue en droit civil, donnait lieu à de vives controverses en matière de fiscalité indirecte²¹. Dans ses décisions n° EE/103.986 du 3 août 2011 et n° EE/104.677 du 2 avril 2012, l’administration fiscale renâclait en effet à admettre les effets de la subrogation réelle, en partant du principe que lorsque les biens sont « fongibles par excellence », « la subrogation réelle est en soi irréalisable » et qu’admettre « de manière systématique » le contraire par l’effet d’une « supposée subrogation réelle » aboutirait, en matière de retour conventionnel, à concéder un super privilège au donateur. La position de l’administration paraissait déjà critiquable à plusieurs égards à un des dédicataires de ces lignes, notamment parce qu’elle confondait manifestement les notions de « consomptibilité » et « fongibilité » à l’appui de son raisonnement, introduisait sans fondement légal une restriction injustifiable à l’autonomie des volontés et faisait présumer l’absence de tout formalisme, pour écarter les biens « consomptibles » de toute idée de préservation de l’affectation qui fondait alors la figure de la subrogation réelle²². Aujourd’hui, il va sans dire que ces décisions ont perdu toute actualité.

²¹ I. DE STEFANI, « Le retour légal et le retour conventionnel en droit civil », in *L’option, la condition, le terme et la substitution – Effets civils et fiscaux sur l’organisation et la transmission du patrimoine*, Limal, Anthemis, 2017, Coll. Patr. Et fisc., n° 35, p. 276 ; F. TAINMONT et E. DE WILDE D’EST-MAEL, « La clause de retour conventionnel », *R.N.*, 2015/1, n° 57, p. 19 ; E. SPRUYT, “Schenking in de stief-en zorgrelatie en tussen ‘ex-en’, vrijstelling van successierecht bij wettelijke terugkeer en verkrijgingen om niet door goede doelen : een beperkt vertimmerd Vlaams registratie-en successierecht”, *T. Not.*, 2014, p. 285, n° 25 ; P.-Y. ERNEUX, « La subrogation, une institution oubliée dans la pratique notariale ? Subrogation réelle et planification successorale – subrogation personnelle et vente immobilière », in *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, Volume 181, Anthémis, avril 2018, n° 14-15, pp. 82 à 87 ; Voy. aussi F. WERDEFROY, *Droits d’enregistrement*, Kluwer, 2012-13, p. 143, n° 144.

²² P.-Y. ERNEUX, « La subrogation, une institution oubliée dans la pratique notariale ? Subrogation réelle et planification successorale – subrogation personnelle et vente immobilière », in *Métamorphoses*

En effet, le livre 3 consacre désormais la notion générale de « subrogation réelle » (art. 3.10.), là où, par le passé, il n'existait que des dispositions spécifiques²³. En revanche, ni lui, ni les travaux préparatoires ne livrent à proprement parler de définition de la subrogation réelle. En revanche, on doit supposer que l'ensemble des éléments constitutifs se retrouvent dans la nouvelle disposition. À ce propos, l'article 3.10 du Code civil énonce : « *Un droit réel s'étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit.* »

L'apport de l'article 3.10. du Code civil est majeur, en ce qu'il balise son régime juridique, même si le Conseil d'état a relevé qu'il s'agissait de la consécration d'une notion, devenue classique et admise tant en doctrine qu'en jurisprudence²⁴. La disposition légale affirme l'automaticité de la figure (« de plein droit ») qui devient l'*effet de la loi*.

La subrogation légale opère lorsque l'objet initial disparaît et que par voie de conséquence, le droit réel ne peut continuer à être exercé sur un bien. Il peut s'agir, tant d'une *perte juridique* (vente, donation, échange) à l'issue de laquelle le droit de suite ne peut être exercé que d'une *perte matérielle* (disparition, dégradation).

La loi subordonne son application à deux conditions de fond :

- l'*exercice utile* sur le nouvel objet. La notion d'utilité doit être appréciée avec souplesse puisque la définition consent à sa mise en œuvre, même sur une créance de remplacement. Elle sous-entend toutefois que le droit dont le titulaire du droit soit une personne juridique et qu'elle puisse valablement continuer de s'exercer, c'est-à-dire que les attributs de ce droit puissent être préservés ou compensés ;
- et le *critère de subsidiarité*, ce qui a pour effet de situer la subrogation réelle comme une alternative à la théorie de l'enrichissement injustifié²⁵. L'une et l'autre sont ainsi placées sur pied d'égalité dans l'ordonnement juridique, au rang des quasi-contrats. Le Conseil d'état a toutefois critiqué le dispositif légal sur ce point, en lui reprochant un caractère lacunaire en ces termes : « *Il résulte de ce dernier élément une forme de subsidiarité de la subrogation*

de la subrogation, CUP, Volume 181, Anthémis, avril 2018, n° 15, pp. 83 à 87.

²³ Ainsi, l'article 1400,5° ancien de l'ancien Code civil énonçait sans ambiguïté que « *Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition et sauf récompense s'il y a lieu : (...) 5. les biens et droits qui, par l'effet d'une subrogation réelle, (nous soulignons) remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou en remploi; (...)* » ; de même, l'ancien article 10 de la loi hypothécaire en proposait une application explicite en matière d'hypothèque, en cas de sinistre.

²⁴ Avis du Conseil d'État, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 63.490/2 du 10 juillet 2018, p. 14

²⁵ Cf. *infra*, n° 17 et suiv.

réelle, qui devrait toutefois être précisée : quels sont les moyens permettant de « sauvegarder » le droit qui sont envisagés, sont-ils exclusivement juridiques, les conséquences d'actions telles qu'une action paulienne sont-elles visées, etc. ? Cette subsidiarité gagnerait donc à être précisée, y compris sur le plan de ses conséquences. »²⁶.

Que pensez de la réaction du Conseil d'état ? Certes, il semble bien que le législateur, avec son approche pragmatique voire « minimaliste » n'ait pas entendu poser d'autre exigence que celles que nous venons de commenter. Ni plus, ni moins, pour faciliter son applicabilité. Il ne s'agit donc pas ou plus de protéger une affectation ou destination donnée²⁷ ou encore des qualités²⁸, du moment que les attributs du droit réel sont maintenus ou compensés ou encore, indemnisés. Il n'est donc plus question d'avoir une identité de régime juridique entre le « premier bien » et le « second » qui le remplace (ex. le régime de l'usufruit sur une chose de genre n'est plus le même que sur une chose individuelle), comme le défendait le Professeur Jacques Hansenne, s'appuyant sur les écrits de Marty et Raynaud²⁹ : le regretté Professeur Hansenne définissait la subrogation réelle comme « *la substitution à un bien ancien d'un bien nouveau qui sera soumis au même régime juridique que le premier* »³⁰. Il est cependant vrai que, par le passé déjà, aucun auteur ne contestait que la fongibilité d'un bien – c'est-à-dire, son caractère remplaçable - pouvait non seulement être objective mais aussi *subjective*³¹.

Pour autant, suivant la logique de ce que suggère le Conseil d'état, il nous semble exact de soutenir qu'en certaines circonstances, des précautions formelles devraient être prises en termes de publicité ou plus simplement, d'extériorisation pour protéger les tiers, en particulier, lorsque la subrogation réelle permet de renforcer l'efficacité d'une stipulation qui, par ses effets, peut les affecter (ex. condition résolutoire). En revanche, il ne nous semble plus requis d'assurer une « traçabilité de tous les instants », puisque cette exigence n'a pas été reprise par la loi. La matière des successions offre une intéressante application de cette réflexion. Ainsi, lorsqu'un usufruitier successoral conserve par devers lui les actifs financiers (sur son seul compte bancaire), les nus-propriétaires nous semblent fondés à invoquer la subrogation réelle et ainsi, à extraire ces actifs de la succession, en s'appuyant sur une combinaison entre

²⁶ Avis du Conseil d'État, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2019-20, n° 63.490/2 du 10 juillet 2018, p. 14.

²⁷ P.-Y. ERNEUX, « La subrogation, une institution oubliée dans la pratique notariale ? Subrogation réelle et planification successorale – subrogation personnelle et vente immobilière », in *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, Volume 181, Anthémis, avril 2018, n° 6, p. 77.

²⁸ Comp. la définition du Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, sous la direction de Gérard Cornu, 9^{ème} édition, PUF Quadrige, 2011, p. 983 ; Sur cette théorie, voy. DEMOGUE, « Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle », *Rev.crit.*, 1901, pp. 296 et suiv. ; CAPITANT, « Essai sur la subrogation réelle », *Rev.trim.dr.civ.*, 1919, p. 385 et suiv.

²⁹ MARTY et RENAUD, t. I, n° 292.

³⁰ J. HANSENNE, *Les Biens. Précis, o.c.*, n° 40, p. 48.

³¹ Sur cette notion, voy. N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Bruxelles, Université St-Louis-Anthemis, 2013, n° 21, p. 23.

les articles 3.10 et 3.162, alinéa 2 du Code civil³², pour autant bien sûr que cet accord entre usufruitier et nu-proprétaire ne soit pas démenti ailleurs, par exemple, par une autre liquidation survenue ultérieurement³³. La conséquence est que la créance trouve sa cause dans la loi et qu'elle échappe à la présomption (renversable) de fictivité du passif de l'article 33 du Code des droits de succession/2.7.3.2.1. du Code flamand de fiscalité.

Quoi qu'il en soit, le législateur confère à la subrogation réelle une large portée. Elle bénéficie au droit de propriété comme aux droits réels d'usage : « *Les droits réels qui portent en principe sur un objet par nature, mais qui peuvent quand même conserver leur valeur indépendamment de l'objet initial, sont également protégés: la propriété, la copropriété, l'usufruit, etc. Les servitudes qui, par leurs caractéristiques, n'ont aucune utilité en dehors du fonds servant (...) ne peuvent être transférées sur un autre bien.* »³⁴

Un dernier questionnement concerne la limite *relative* de valeur, induite par la figure de la subrogation réelle. En effet, lorsque les conditions de fond sont réunies, l'objet initial du droit réel doit être remplacé par un ou plusieurs autres biens ou droits réels dont la valeur peut, au maximum, être identique à celle de l'objet initial. Est-ce à dire que la subrogation réelle ne joue plus lorsque la valeur du(es) bien(s) et droit(s) venant en remplacement est supérieure ? À notre estime, elle opère encore mais elle n'est plus l'effet de la loi. Le législateur civil a ainsi défini une limite qui aura son importance sur le plan fiscal. Sur le même objet, d'autres sous-questions se posent encore :

- est-il envisageable d'assortir une clause de subrogation réelle d'une indexation automatique, sans s'écarter de la loi ? En considération de l'alternative que la subrogation réelle représente à l'enrichissement injustifié et de la créance en valeur que celle-ci reconnaît à l'appauvri³⁵, la réponse est positive. On peut donc assortir la subrogation réelle d'une clause d'indexation ;
- l'idée de plafonner la valeur du bien venu en remplacement à celle du bien remplacé, le cas échéant, indexée, signifie-t-elle que celle-ci sera toujours bloquée ? La réponse est moins évidente mais nous ne le pensons pas car il faut tenir compte de ce que le bien venant en remplacement prendra lui-même de la valeur comme l'aurait fait le bien remplacé initialement. La subrogation réelle est certes une alternative à l'enrichissement injustifié mais elle a son régime propre : il n'est pas question de devoir restituer à l'appauvri la moindre des

³² Cette disposition énonce : « *Si l'usufruit porte sur de l'argent ou si de l'argent est perçu du fait de l'aliénation par l'usufruitier conformément à l'article 3.148, l'usufruitier doit placer cet argent ou l'employer dans l'intérêt des autres biens soumis à l'usufruit, après avoir obtenu le consentement du nu-proprétaire. S'ils ne peuvent s'accorder, la partie la plus diligente peut s'adresser au juge afin de faire désigner un tiers qui sera chargé de la gestion de ces sommes.* »

³³ Cette analyse rejoint le « Standpunt » n° 21039 dd. 07.06.2021 à propos de l'article 2.7.3.2.1. du CFF émis par Vlabel.

³⁴ Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2019-20, n° 55-0173/001, p. 29.

³⁵ La créance d'enrichissement est une créance de valeur, ce qui justifie son indexation (R.O. DALCQ, « Solutions judiciaires et législatives aux conséquences de l'inflation sur le droit de la responsabilité des contrats et de l'enrichissement sans cause », in *Rapports belges au Xie congrès de l'Académie internationale de droit comparé : Caracas, 29 août – 5 septembre 1982* (sous la dir. de W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH), Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 241.).

deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. En final, il convient par conséquent de distinguer la plus-value qui découle d'un apport complémentaire de celle qui découle de l'indexation ou encore, de l'évolution de valeur du ou des biens ou droits venus en remplacement. À cet titre, il nous paraît donc que la subrogation réelle offre une alternative intéressante à l'enrichissement injustifié, y compris sur le plan financier, puisque dans un arrêt du 4 février 2022, la Cour de cassation a considéré, s'agissant de la manière de calculer l'appauvrissement du créancier, que l'appauvrissement ne pouvait inclure, en plus de la perte du montant nominal des fonds investis dans un bien, de la plus-value que cet investissement aurait pu générer, puisqu' « en vertu du principe général d'enrichissement sans cause, celui qui bénéficie de l'enrichissement doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement. L'arrêt attaqué qui inclut dans l'appauvrissement du défendeur une part de l'enrichissement dont a bénéficié la demanderesse, méconnaît ce principe général du droit. »³⁶.

D. PROPOSITION DE CLAUSES

10. Commentaires préalables. Cela a été dit, l'exercice du pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier doit être encadré, en vertu de la règle de gestion prudente et raisonnable inscrite tant dans la définition de l'usufruit que dans son corolaire de l'article 3.143 du Code civil.

Dans cette logique, nous suggérons de :

- définir la destination, elle-même, le cas échéant, en étendant la destination concrète, à une destination plus abstraite ;

ex.

Destination : désigne ici la destination du Bien, - d'une part, telle qu'elle existe actuellement, à savoir « *actionnariat de contrôle d'une *participation dans une entreprise à *vocation de groupement forestier et *à caractère familial » (destination *concrète*) et d'autre part, telle que les Comparants l'envisagent, à savoir « *investissement durable et non spéculatif, selon les standards habituellement pratiqués et le cas échéant, précisés dans le corps de l'Acte » (destination *abstraite*);

- expliciter la notion de « pouvoir de disposition fonctionnel », en prenant soin de déroger explicitement à l'exigence formelle du consentement du nu-proprétaire, si l'usufruitier est amené à placer ou seulement, à déposer des fonds

³⁶ Cass., 4 février 2022, RG. C.20.0542F ; V. MAKOW, « La fin de la valorisation des créances d'enrichissement sans cause calquée sur la réévaluation des récompenses », *J.T.*, 2022/13, p. 204-206.

et d'autre part, de souligner au besoin le possible recours à la subrogation réelle ;

ex.

Pouvoir de disposition fonctionnel : désigne les trois situations dans lesquelles le pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier est consacré par l'article 3.148 du Code civil, soit par l'effet d'une disposition légale spécifique (ex. choses périssables), soit en raison de la Destination du Bien, moyennant une administration prudente et raisonnable, soit en raison du caractère consommable de celui-ci (ex. argent), le cas échéant, en combinaison, avec le dispositif légal de la subrogation réelle (ci-après « Subrogation ») prévu à l'article 3.10 du Code civil. S'agissant des *choses de genre* qui pourraient se substituer momentanément ou non au Bien (initial), dès lors que la Destination est précisément déterminée dans l'Acte, tout acquiescement du nu-propriétaire à l'Acte emporte au besoin, *de façon irrévocable, le consentement visé à l'article 3.162, alinéa 2 du Code civil ; *[si l'on veut permettre au NP de retirer son consentement à l'usufruitier : la preuve contraire n'est admissible que pour autant qu'elle soit dûment actée dans un écrit authentique et notifiée à l'usufruitier par envoi recommandé] ;

- enfin, de mentionner en toute lettre le pouvoir de disposition fonctionnel de l'usufruitier en prenant soin de rencontrer les préoccupations déjà élevées et non encore rencontrées :
- les conditions de mise en œuvre de ce pouvoir (est-ce que l'usufruitier est libre de disposer en toutes circonstances ou seulement, en présence de certains événements ?),
- la liberté d'appréciation de l'usufruitier dans le choix des biens appelés à remplacer le bien initialement grevé d'un usufruit,
- les contours de son pouvoir et de ses obligations en termes d'administration et de conservation, y compris dans l'appel aux services de tiers,
- et les conditions de la restitution du ou des biens venus en lieu et place de celui-ci.

*.- Pouvoir de disposition fonctionnel :

1. Principe *- Contexte

- Complémentairement, l'usufruitier bénéficie également du Pouvoir de disposition fonctionnel, par référence à la Destination du Bien, y compris celui ou ceux venant en lieu et place de tout ou partie de celui-ci par l'effet de la Subrogation réelle.
- Tous pouvoirs sont, à cet effet et au besoin (considérant le dispositif légal) conférés irrévocablement à l'usufruitier aux fins d'exercer pleinement ce pouvoir auprès de tous tiers, y compris et notamment auprès de toutes autorités, officiers ou services publics, ainsi que tous organismes, telle la Poste :

- déterminer les modalités de mise en vente du Bien, y compris l’ampleur et le coût de la publicité ou encore, le choix de l’intermédiaire ;
- constituer, céder ou lever des sûretés sur le Bien ou ceux venant en lieu et place de celui-ci dans son intérêt et/ou celui du nu-propriétaire et, par exemple, pour en matière immobilière, dispenser de prendre inscription d’office ;
- contracter tous prêts ou emprunts relatifs à l’acquisition du ou des biens venant en lieu et place du Bien aliéné ;
- contracter et le cas échéant, transiger avec un ou plusieurs locataires ;
- veiller au déménagement de meubles repris dans le Bien ou ceux venant en lieu et place de celui-ci, le cas échéant, dans un nouvel immeuble ou auprès d’un garde-meubles,
- introduire toutes demandes d’autorisation ou assimilées auprès de toutes autorités ou instances, le cas échéant, dans un contexte de régularisation,
- et souscrire ou résilier toutes polices d’assurances nécessaires ou utiles à la conservation du Bien ou de celui ou ceux venant en lieu et place de celui-ci.

Eventuellement

- Ce pouvoir peut être mise en œuvre (*soit*) quelles que soient les circonstances (*soit*) si la charge d’entretien du Bien est disproportionnée, ce dont juge souverainement l’usufruitier, sous sa responsabilité et le cas échéant, le contrôle des cours et tribunaux.

2. Liberté de l’usufruitier

- Sans préjudice des éventuelles limites énoncées dans le présent article, l’usufruitier décide seul de l’affectation du produit de l’aliénation de tout ou partie du Bien et celui ou ceux venant en lieu et place de celui-ci, dans le respect de la Destination. Il apprécie seul le caractère prudent et raisonnable de sa gestion, sous le contrôle des cours et tribunaux.
- S’agissant d’éventuels placements financiers, l’usufruitier pourra toujours stipuler auprès de toutes banques, institutions ou professionnels dépositaires ou gestionnaires, un profil de gestion favorable à ses intérêts d’usufruitier ou encore, modifier celui-ci en cours de route à son bénéfice.

Eventuellement

- Eu égard à la Destination, l’usufruitier peut notamment réinvestir dans les biens ou catégories de biens suivants :
 - Actifs de sociétés cotées sur le territoire de l’Union européenne,
 - Immobilier résidentiel, rural ou retail, sur le territoire de l’Union européenne,
 - A concurrence de *5 pourcents dans l’immobilier situé en dehors du territoire de l’Union européenne,
 - A concurrence de *5 pourcents dans le secteur de l’art ou du design,
 - A concurrence de *5 pourcents dans les métaux précieux et leurs dérivés ;
 -

Eventuellement

- En cas de contestation à propos du caractère prudent et raisonnable de l'administration de l'usufruitier, il est loisible au nu-proprétaire de saisir un Comité d'investissement composé des personnes suivantes * ou à défaut, d'un gestionnaire de patrimoine, d'un expert immobilier et d'un notaire. Celui-ci se prononce dans le mois de sa réquisition, à la majorité absolue et pour autant qu'il dispose d'une documentation complète ; sa décision est sans appel.

Eventuellement

- L'usufruitier peut également accepter toutes libéralités qu'il consentirait accessoirement au bénéfice du nu-proprétaire. Si celles-ci sont assorties de charges et/ou conditions, elles ne peuvent être plus lourdes que celles reprises dans la libéralité qui fondent le titre du nu-proprétaire, sans un nouveau consentement de celui-ci.

3. Information du nu-proprétaire

- L'usufruitier est tenu d'informer annuellement le nu-proprétaire de l'évolution du Bien et de ceux venant en lieu et place de celui-ci ; il l'informe également des fruits et de produits, le cas échéant, exceptionnels qu'il a encaissés.
- Tout défaut d'information est, jusqu'à preuve contraire, présumé constitutif d'une faute et peut donner lieu à une indemnisation des dommages directs et indirects qui seraient réellement subis par le nu-proprétaire.

4. Modalités de gestion

- Les actifs bancaires venus en lieu et place du Bien doivent toujours demeurer individualisés par rapport aux (autres) avoirs de l'usufruitier.
- Tous avoirs acquis par suite de l'exercice du Pouvoir de disposition fonctionnel sont placés en compte ouvert au nom du seul usufruitier, à moins que ce dernier n'en décide autrement et n'en avise le tiers dépositaire sans délai.
- Pareil compte sert exclusivement aux investissements effectués au moyen des avoirs soumis à ce Pouvoir de disposition fonctionnel, les intérêts et plus généralement, les fruits et produits exceptionnels pouvant, à sa demande, être versés sur instruction de l'usufruitier sur d'autres comptes lui appartenant exclusivement.
- L'usufruitier est libre de faire appel à tous experts, de les rémunérer et à cet effet, de déléguer ses pouvoirs sous sa propre responsabilité.
- L'usufruitier peut toujours se saisir de fruits et produits aux fins d'apurer les frais, charges, taxes et redevances générés par le Bien et ceux venant en lieu et place de celui-ci.

5. Restitution

- A l'extinction de l'usufruit, le(s) nu(s)-propriétaire(s) ou leurs ayants cause sont fondés à exiger le paiement de leur(s) créance(s) de restitution.
- Celle-ci aura pour objet les avoirs venus en lieu et place du Bien, y compris les éventuelles liquidités résiduelles, par l'effet légal de la Subrogation réelle. En

tout état de cause, la créance de restitution ne pourra être inférieure à la valeur initiale du Bien, indexée selon l'indice des prix à la consommation (l'indice de départ étant celui qui précède celui du mois de l'Acte).

6. Estimation de l'usufruit

- La valeur de l'usufruit et par déduction, de la nue-propriété, est déterminée par référence *aux tables du Code civil *aux tables du Code des droits d'enregistrement *à une moyenne d'au moins deux tables actuarielles alors en vigueur librement choisies par les parties et à défaut d'accord entre elles dans le mois, par le Président de la Chambre des notaires du ressort du domicile de l'usufruitier dans le mois de sa désignation.

DE TOEPASSING VAN STRENGERE STANDPUNTEN VAN VLABEL INZAKE FICTIEBEPALINGEN IN DE TIJD

Nicolas GEELHAND DE MERXEM

Het CSW heeft enige tijd geleden een dossier geopend (CSW-Dossier 6387) getiteld “De toepassing in de tijd van de Vlaamse decreten inzake registratie- en erfbelasting en van de standpunten van Vlabel”.

Recent heeft het Hof van Cassatie één aspect van deze problematiek behandeld, met name de vraag of strengere standpunten van Vlabel inzake fictiebepalingen (meer bepaald art. 2.7.1.0.6 VCF) kunnen worden toegepast op rechtshandelingen/overeenkomsten die vóór de publicatie van het strengere standpunt zijn gesteld/gesloten¹.

In casu ging het om een strenger standpunt van Vlabel inzake de belasting van de “verzekeringgift” in de erfbelasting.

I. INLEIDING

Een verzekeringgift is de schenking van alle rechten uit een levensverzekeringpolis door de verzekeringnemer (vaak een ouder, die ook de verzekerde is) aan de begunstigde van de polis (vaak één of meer kinderen)². Volgens de federale Belastingadministratie, die vóór 1 januari 2015 inzake successierechten aan zet was, werd de begunstigde door een dergelijke schenking, zelf de verzekeringnemer. Ingevolge de verzekeringgift werd het beding ten behoeve van een derde dan ook omgevormd in een beding ten behoeve van zichzelf (van een AAB-polis naar een BAB-polis). In dat geval is artikel 8 (oud) W.Succ., dat alleen de derdenbedingen belast, niet van toepassing. Geen successierechten dus bij het overlijden van de oorspronkelijke verzekeringnemer-verzekerde. De federale fiscale administratie bevestigde dit standpunt in een (niet-gepubliceerde, maar algemeen gekende) brief³.

Op 12 oktober 2015 besliste de Vlaamse Belastingadministratie (Vlabel) daarentegen dat een verzekeringgift niet belet dat artikel 2.7.1.0.6 VCF (de opvolger

¹ Een ander aspect, met name de toepassing in de tijd van strengere Vlaamse decreten inzake fictiebepalingen, is thans hangende voor de fiscale kamer van het hof van beroep te Antwerpen.

² In de praktijk komt het ook voor dat een suikertante of -oom de rechten van de polis schenkt aan haar/zijn neven en nichten die begunstigden zijn van de polis. Zie de twee cassatiearresten over de toepassing in de tijd van het standpunt nr. 15133, *infra*.

³ Brief 9 april 2013; zie ook *infra*.

van art. 8 oud Vl.W.Succ.) van toepassing zou blijven (SP nr. 15133, 12 oktober 2015, gepubliceerd op 27 oktober 2015). In dat standpunt stelde Vlabel, kort gezegd, dat wanneer een verzekeringnemer (tevens verzekerde) alle rechten uit een levensverzekeringpolis aan de begunstigde van deze polis schenkt (en schenkbelasting betaalt), bij het overlijden van de verzekeringnemer-verzekerde artikel 2.7.1.0.6, § 1 VCF niettemin zal worden toegepast. Dat werd in daaropvolgende (versies van) standpunten bevestigd⁴. De rechtvaardiging was volgens Vlabel dat de ouder-verzekeringnemer ook na de schenking de verzekeringnemer blijft, waardoor het een derdenbeding blijft.

Bovendien zou dit strengere standpunt van Vlabel, dat dus een bocht van 180 graden maakte, van toepassing zijn op alle nalatenschappen opengevallen te rekenen vanaf 1 maart 2016 en dus ook op verzekeringsgiften die afgesloten waren vóór de publicatie van het nieuwe, strengere Vlaamse standpunt⁵.

In drie principiële arresten heeft het Hof van Cassatie deze “ommekeer” in de administratieve rechtspraak beoordeeld. Zoals steeds, wanneer Vlabel een strenger standpunt inneemt in verband met een decretale bepaling (omtrent de belastbare materie) in de erfbelasting, moeten twee vragen beantwoord worden: 1. Is het nieuwe, strengere standpunt juridisch correct en 2. Hoe moet dit strengere standpunt toegepast worden in de tijd?

Welnu, het Hof van Cassatie doet in drie principiële arresten uitspraak over deze twee aspecten.

II. OVER DE GROND VAN DE ZAAK

Wat de grond van de zaak betreft, werd op 21 april 2022 een belangrijk cassatiearrest gewezen⁶. Het Hof van Cassatie stelt, samengevat, dat het vroegere standpunt van de federale fiscale administratie (door de verzekeringsgift wordt het beding ten behoeve van een derde omgezet in een beding ten behoeve van zichzelf, waarop art. 8 W.Succ./art. 2.7.1.0.6 VCF niet van toepassing is) juist is. Door de schenking wordt de begunstigde de nieuwe verzekeringnemer én tevens contractpartij. Indien hij ook de begunstigde is, is er een beding voor zichzelf en niet voor een derde (vermits de begunstigde contractpartij is). Het standpunt van Vlabel (niettegenstaande de verzekeringsgift blijft de oorspronkelijke verzekeringnemer de verzekeringnemer zodat er nog steeds een beding ten behoeve van een derde is en derhalve toepassing is van art. 8 W.Succ./art. 2.7.1.0.6 VCF) is onjuist.

⁴ Zie de verwijzingen onderaan het standpunt nr. 15133 zoals gepubliceerd op de website van de Vlabel. Korthedshalve wordt hierna melding gemaakt van het “standpunt nr. 15133”.

⁵ Zie voor dit alles, N. GEELHAND DE MERXEM, “De verzekeringsgift: nieuwe decretale regeling in zicht”, *TvRF* 2016/3-4, 10-43.

⁶ Cass. 21 april 2022, F.21.0026.N.

Met andere woorden, het standpunt van Vlabel strookt niet met de wet en is dus onwettig.

III. OVER DE TOEPASSING IN DE TIJD

A. DE ESSENTIE

Het Hof van Cassatie heeft in twee arresten van 21 april 2022⁷ in wezen beslist dat de toepassing van het (strengere) standpunt nr. 15133 van 12 oktober 2015 van Vlabel inzake de verzekeringsgift (op grond waarvan bij het overlijden tussen 1 maart 2016 en 31 december 2016 van de schenker erfbelasting verschuldigd is op de uitkeringen gelet op art. 2.7.1.0.6 VCF) op verzekeringsgiften die overeengekomen zijn vóór (de publicatie van) het standpunt, strijdig is met het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel.

B. DE FEITEN

In de eerste zaak (F.20.0150.N/1) waren alle rechten van een levensverzekeringsovereenkomst op 16 september 2013 geschonken aan de begunstigde van de polis, met betaling van schenkingsrechten (7 %). De schenker overleed op 30 december 2016. In de tweede zaak (C.20.0534.N/1) vond de schenking van alle rechten van een beleggingsverzekering plaats op 19 augustus 2010, met betaling van schenkingsrechten (7 %). De schenker overleed op 2 augustus 2016.

Vlabel eiste in de twee gevallen erfbelasting op grond van artikel 2.7.1.0.6 VCF. De begunstigden betwistten deze aanslag. In hoger beroep besliste het hof van beroep te Gent in de beide gevallen dat het uitdrukkelijke standpunt van de federale Belastingadministratie duidelijk was en moest worden geacht bij de betrokkenen rechtmatige verwachtingen te hebben gecreëerd, zodat de betrokkenen er hun gedrag mochten op afstemmen.

C. DE ARRESTEN

Gelet op het uitzonderlijke belang van de twee principiësarresten, wordt de inhoud, die in de beide arresten vrijwel identiek is, letterlijk geciteerd⁸:

⁷ Cass. 21 april 2022, F.20.0150.N/1 en C.20.0534.N/1; www.vlabel.be (samenvatting); zie daarover G. DEKNUDT, S. NELIS en L. LAMMENS, “Hof van Cassatie fluit temporele toepassing standpunt Vlabel terug op basis van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel”, www.deknudtnelis.be; N. GEELHAND DE MERXEM, “Het Hof van Cassatie, de strengere standpunten van Vlabel inzake de verzekeringsgift en de rechtszekerheid. Een revolutionair arrest”, website.ecgb.be, 12 mei 2022.

⁸ Er wordt geciteerd uit Cass. 21 april 2022, F.20.0150.N/1. De verschillen met het tweede arrest worden hierna in de voetnoten aangeduid.

1. *De algemene beginselen van het⁹ behoorlijk bestuur sluiten het recht op rechtszekerheid in. Deze beginselen gelden ook ten aanzien van het fiscaal bestuur. Het recht op rechtszekerheid houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat hij niet anders kan opvatten dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid. Daaruit volgt dat de verwachtingen die de overheid bij de burger creëert, in de regel moeten worden gehonoreerd.*
2. *De rechter oordeelt onaantastbaar in feite of bij een belastingplichtige een redelijk vertrouwen is gewekt, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak. Het Hof gaat niettemin na of de rechter het begrip redelijk vertrouwen niet heeft miskend door uit de vastgestelde feiten gevolgen af te leiden die hiermee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord.*

3. *Het arrest stelt vast en oordeelt dat:*

- *de erflater bij notariële akte van 16 september 2013 drie levensverzekeringsovereenkomsten heeft geschonken aan de verweerders¹⁰;*
- *de verweerders op de afkoopwaarde van de verzekeringsovereenkomsten 7 pct. registratierechten betaalden, althans elk voor hun deel¹¹;*
- *de erflater overleed op 30 december 2016¹²;*
- *artikel 2.7.1.0.6 VCF, zoals van toepassing vóór de wijziging bij decreet van 23 december 2016, van toepassing was op alle overlijdens met een fiscale woonplaats in het Vlaams Gewest vanaf 1967 tot 31 december 2016;*
- *niettenstaande artikel 2.7.1.0.6 VCF niet werd gewijzigd (althans niet tot 31 december 2016) de bevoegde overheden deze fictiebepaling op verschillende manieren hebben geïnterpreteerd in het geval een levensverzekering eerst aan de begunstigde werd geschonken en vervolgens werd uitgekeerd aan die begunstigde naar aanleiding van het overlijden van de schenker;*
- *de federale belastingadministratie in een niet-gepubliceerd schrijven het volgende heeft bevestigd: “De Administratie gaat van het standpunt uit dat door een overdracht van de rechten van de verzekeringsnemer aan de begunstigde het initieel beding ten behoeve van een derde is omgezet in een beding ten behoeve van zichzelf. Wanneer op de dag van het overlijden het beding (en tevens het contract) uitwerking krijgt en de uitkering zal dienen te gebeuren, kan gelet op de gedane overdracht (schenking) artikel 8 W.Succ. bijgevolg niet worden toegepast” (brief van 9 april 2013, nr. EE/105.349, niet gepubliceerd, maar bekendgemaakt in de vakliteratuur);*
- *in een rulling van 6 juli 2017 de federale administratie dat standpunt heeft bevestigd;*

⁹ In de tweede zaak is dit lidwoord weggefallen.

¹⁰ In de tweede zaak: “- de erflater bij notariële akte van 19 augustus 2010 een beleggingsverzekering heeft geschonken aan de verweerder”.

¹¹ In de tweede zaak: “- op die schenking registratierechten werden betaald tegen het vlak tarief van 7 pct.”

¹² In de tweede zaak: “- de erflater overleed op 2 augustus 2016”.

- de eiser op 12 oktober 2015 een ander standpunt heeft ingenomen dan de federale administratie, met name dat de schenking van een levensverzekeringscontract de toepassing van artikel 2.7.1.0.6 VCF bij de uitkering niet uitsluit;
- artikel 2.7.1.0.6 VCF eerst bij decreet van 23 december 2016 gewijzigd werd om het standpunt van de eiser te verankeren;
- deze wijziging slechts van toepassing is voor overlijdens vanaf 1 januari 2017;
- de evolutie in standpunten, zonder wijziging van de toepasselijke wettekst¹³, tot gevolg heeft dat de wijze waarop de uitkering van de levensverzekeringsovereenkomsten¹⁴ wordt behandeld bij het openvallen van de nalatenschap anders is dan waar de erflater op het moment van de schenking kon van uitgaan;
- de schenkingsakte de volle rechten op verzekering tot voorwerp had, met inbegrip van alle rechten die exclusief aan de verzekeringnemer toekomen, waaronder het recht van begunstiging en van herroeping van de begunstiging;
- ongeacht of het standpunt van de federale belastingadministratie juist of onjuist was, het uitdrukkelijke standpunt duidelijk was en moet geacht worden bij de betrokkenen rechtmatige verwachtingen te hebben gecreëerd, zodat de betrokkenen er hun gedrag mochten op afstemmen;
- zelfs al heeft de eiser nog vóór het overlijden van de erflater het standpunt van de federale belastingadministratie verlaten, de determinerende keuzes reeds waren gemaakt;
- de ontsnappingsmogelijkheden die de eiser op 4 december 2015 nog heeft toegevoegd aan zijn standpunt nr. 15133 geen oplossing boden om aan de gehekelde opeenvolgende belasting te ontsnappen.

4. Het arrest kon op grond van die vaststellingen naar recht oordelen dat de verweerders, op grond van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, gerechtigd zijn op de toepassing van de principes uiteengezet in het standpunt dat gold op het moment van de schenking, waarbij de uitkering van de verzekeringsovereenkomst niet onder artikel 2.7.1.0.6, § 1 VCF valt en dus niet belastbaar is.”

D. BEOORDELING

Er werd reeds in 1992 door het Hof van Cassatie bij wijze van mijlpaalarrest bevestigd dat de algemene beginselen van het behoorlijk bestuur het recht op rechtszekerheid insluiten. En dat die beginselen ook gelden ten aanzien van het fiscaal bestuur. “Dat het recht op rechtszekerheid onder meer inhoudt dat de burger moet kunnen vertrouwen op wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedrags- of beleidsregel van de overheid; dat daaruit volgt dat de door de overheid gerechtvaardigde opgewekte verwachtingen van de burger in de regel moeten worden gehonoreerd.”¹⁵

¹³ In de tweede zaak wordt de zinsnede “zonder wijziging van de toepasselijke wettekst” niet opgenomen.

¹⁴ In de tweede zaak: “beleggingsverzekering”.

¹⁵ Cass. 27 maart 1992, *RW* 1991-92, 1466, *FJF*, nr. 2002/31 en *RCJB* 1995, 53. Zie daarover N. GEELHAND, “Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal”, *RCJB*

Wanneer men de kwestieuze passage uit de twee cassatiearresten (1992 en 2022) naast elkaar legt, zijn er nauwelijks inhoudelijke verschillen¹⁶. Reeds daaruit volgt dat het er naar uitziet dat het Hof van Cassatie terug wil aansluiten bij zijn oude rechtspraak.

Het rechtszekerheidsbeginsel is zeker een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat zich in principe opdringt aan de (Vlaamse) Belastingadministratie¹⁷. Er is meer. Het is een afgeleide van de “zekerheid”, een basiswaarde in ons recht, samen met de rechtvaardigheid en de doelmatigheid¹⁸. De rechtszekerheid is essentieel voor het rechtsverkeer. Een afgeleide van het rechtszekerheidsbeginsel is het vertrouwensbeginsel. Het rechtmatig (of gerechtvaardigde) vertrouwen van de belastingplichtige mag niet beschaamd worden. De belastingplichtige moet kunnen afgaan op wat de (Vlaamse) Belastingadministratie als vaste gedrags- of beleidsregel poneert en hij moet erop kunnen vertrouwen dat de naleving van deze regel wordt gehonoreerd. De woorden “in de regel” wijzen erop dat er uitzonderingen denkbaar zijn. Het vertrouwen moet immers rechtmatig zijn. Het geldt immers enkel voor “*wat hij niet anders kan opvatten dan als een vaste gedrags- of beleidsregel*”¹⁹.

De discussie *in fiscalibus* gaat echter over de vraag of het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel ook moeten gelden wanneer ze in strijd komen met het legaliteitsbeginsel. Meer concreet is het de vraag of het vertrouwen van de belastingplichtige tot gevolg kan hebben dat de fiscale wet niet (juist) wordt toegepast. Of, andersom, kan de fiscale administratie terugkomen op een beslissing die in strijd is met de fiscale wet, wanneer de belastingplichtige vertrouwde op de vaste beleidsregel van de fiscus. Na het principiële arrest van 1992 heeft het Hof van Cassatie zijn standpunt dienaangaande veel strenger gemaakt, al werd, wellicht onder invloed van het Europese Hof van Justitie, de deur op een kier gelaten in btw-zaken²⁰.

1995, 57-105, 259-313 en 488-523.

¹⁶ In het cassatiearrest van 21 april 2022 ontbreken de woorden “onder meer” en “gerechtvaardigde”.

¹⁷ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Roeselare, Roularta, 2018, 73.

¹⁸ Zie daarover N. GEELHAND, “Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR* 1989, 923-997.

¹⁹ Zie daarover N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht: de belangen van de niet-contracterende echtgenoot versus de belangen van de derde-medecontractant*, Gent, Mys & Breesch, 1994, deel I, *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het burgerlijk recht, i.h.b. het huwelijksvermogensrecht*, 951 p.; deel II, *Rechtsvergelijkend overzicht van de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het huwelijksvermogensrecht*, 844 p.; voor een samenvatting van deze doctoraatsthesis, zie N. GEELHAND, “Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR* 1994, 5-95; over het rechtmatig vertrouwen zie, voor de periode vóór het cassatiearrest van 1992, N. GEELHAND, “Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal”, *RCJB* 1995, 57-105, 259-313 en 488-523.

²⁰ Zie daarover, in het algemeen, S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Roeselare, Roularta, 2018, 72-74; A. VAN DE VIJVER, E. MINGALEYEV en Th. HAENTJENS, “Algemene inleiding” in X, *Tiberghien. Handboek voor Fiscaal Recht*, 2020-21, 1/2, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, nrs. 0251-0256, p. 52 e.v.

Over feitenkwesities, en meer bepaald over het al dan niet wekken van een redelijk (rechtmatig of gerechtvaardigd) vertrouwen in hoofde van de belastingplichtige, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, oordeelt de feitenrechter op soevereine wijze. Het hoogste Hof behoudt echter het recht om te oordelen of de feitenrechter uit de feiten wel het gevolg mocht trekken dat het vertrouwen al dan niet “redelijk” was en zo het begrip “redelijk vertrouwen” niet heeft miskend. De zinsnede “redelijk vertrouwen wekken” legt de nadruk op het handelen van de fiscale Belastingadministratie. Het begrip “rechtmatig vertrouwen” legt de nadruk op het gedrag en meer bepaald de (naleving van de) onderzoeksplicht van de belastingplichtige, het weten en behoren te weten, het verschoonbaar karakter. Het zijn echter communicerende vaten. Hoe meer de Belastingadministratie met klem beweert of laat uitschijnen dat een standpunt een vaste gedragsregel is, hoe minder de belastingplichtige moet onderzoeken of dit wel zo is. Zo zal een standpunt dat én door het hoofdbestuur én door de rulingcommissie wordt gedeeld, sneller een rechtmatig vertrouwen kunnen wekken dan wanneer er tussen beide instanties onenigheid is. Zo kan er, bij verzekeringsgiften afgesloten na de publicatie van het standpunt nr. 15133, uiteraard geen sprake meer zijn van rechtmatig vertrouwen in hoofde van de belastingplichtige. De “concrete omstandigheden van de zaak” zijn bij de toetsing van het redelijk/rechtmatig/gerechtvaardigd karakter van het vertrouwen van het grootste belang, en vooral hun interactie, hun samenhang²¹.

Het hof van beroep te Gent stelt in de eerste zaak²² vast dat:

- a. overeenkomstig een **“niet-gepubliceerd schrijven” van 9 april 2013 uitgaande van de federale Belastingadministratie** (dit is dus vóór het nemen van de beslissing over te gaan tot het doen van de verzekeringsgiften), de verzekeringsgift tot gevolg heeft dat het beding ten voordele van een derde wordt omgezet in een beding ten voordele van zichzelf, waarop artikel 8 (oud) W.Succ. niet van toepassing is. Het hof stipt aan dat deze brief, hoewel niet gepubliceerd, werd bekendgemaakt in de vakliteratuur, zodat deze beleidsregel bekend was bij de belastingplichtigen, minstens bij hun adviseurs. In werkelijkheid is vooral relevant het tijdstip waarop de brief in de vakliteratuur gepubliceerd werd. Wat het hof niet vermeldt, maar wat eveneens relevant is, is dat een zeer groot deel van de rechtsleer akkoord was met dit standpunt; het hof vermeldt ook dat dit standpunt door de federale administratie werd bevestigd in een ruling van 6 juli 2017. Enerzijds is dit relevant, omdat daaruit blijkt dat niet alleen het hoofdbestuur maar ook de Rulingdienst dit standpunt deelde; anderzijds is dit veel minder relevant, omdat dit feit plaatsvond na het nemen van de beslissing om tot het doen van de verzekeringsgiften over te gaan; de belastingplichtige kon daar dus geen rekening mee houden;

²¹ Zie de rechtsleer in de voetnoot 19 hierboven.

²² In de tweede zaak is dit wel anders omdat de erflater reeds bij notariële akte van 19 augustus 2010 (en dus vóór het uitlekken van de bewuste brief) een beleggingsverzekering had geschonken aan de verweerder. Doch de vaste beleidslijn van de federale Belastingadministratie bestond toen reeds.

- b. de **drie verzekeringsgiften bij notariële akte** werden gedaan; het feit dat de verzekeringsgiften bij een Belgische notariële akte werden gedaan is een relevante omstandigheid. De Belgische notaris wordt immers verondersteld kennis te hebben van het voormelde standpunt dat in de vakliteratuur (*Nieuwsbrief Successierechten*, een tijdschrift dat elke notaris heeft of zou moeten hebben) is gepubliceerd²³;
- c. de **Vlaamse Belastingdienst op 12 oktober 2015 een ander standpunt heeft ingenomen dan de federale administratie**, met name dat de schenking van de rechten voortvloeiende uit een levensverzekeringscontract aan de begunstigde de toepassing van artikel 2.7.1.0.6, § 1 VCF bij de uitkering niet uitsluit; anders gezegd, de Vlaamse Belastingadministratie maakt, zoals gezegd, een bocht van 180 graden of nog anders gezegd, het fiscaal statuut van de verzekeringsgift wordt (aanzienlijk) verstrengd, vermits er niet alleen schenkbelasting verschuldigd is bij het doen van de schenking, maar later bij het overlijden ook erfbelasting is verschuldigd²⁴. Het feit dat dit standpunt later decretaal werd verankerd (met betrekking tot overlijdens te rekenen vanaf 1 januari 2017), is enerzijds niet relevant (dit feit situeert zich na het nemen van de beslissing), maar anderzijds wel relevant. Immers indien de decreetgever het standpunt van Vlabel niet had bevestigd, maar had tenietgedaan, stelde het probleem van (de nadelige gevolgen van) het niet gehonoreerd rechtmatig vertrouwen zich niet. Er zou dan immers geen erfbelasting verschuldigd zijn bij het overlijden;
- d. de (schenker) erflater **overleed op 30 december 2016**²⁵; ook dit is relevant, want op die datum gold het strenge standpunt van de Vlaamse Belastingdienst voor 100 %. Er was toen een dubbele heffing, minstens economisch: schenkbelasting op de afkoopwaarde van de levensverzekeringsovereenkomst bij de schenking, en later erfbelasting op het uitgekeerde kapitaal bij het overlijden van de schenker. Indien de schenker-erflater in februari 2017 was overleden, dan hadden de erfgenamen van de erflater gebruik kunnen maken van de nieuwe (aftrek)regeling van artikel 2.7.3.2.8, § 2 VCF op grond waarvan de belastbare grondslag bij de heffing van de schenkbelasting kan worden aangerekend op de belastbare grondslag bij de heffing van de erfbelasting. Het vertrouwen was in dat geval even hard beschaamd, maar de gevolgen daarvan zouden in dat laatste geval veel minder zwaar zijn; in een vorig leven heb ik betoogd dat de toepassing van het (gelaagde) vertrouwensbeginsel tot een genuanceerd resultaat leidt²⁶. Eerst is het de vraag of het vertrouwensbeginsel *überhaupt* in het algemeen van toepassing is in een bepaald rechtsgebied (abstracte belangenafweging), vervolgens of er *überhaupt* een rechtmatig vertrouwen is en dat dus voor bescherming vatbaar is, en ten slotte of het belang van degene die

²³ Zoals gezegd, is dat anders in de tweede zaak; zie vorige voetnoot.

²⁴ *A fortiori* is er een verstrenging voor niet geregistreerde verzekeringsgiften.

²⁵ In de tweede zaak: 2 augustus 2016.

²⁶ Zie de rechtsleer aangehaald *supra*, voetnoot 19.

rechtmatig vertrouwd heeft, opweegt tegen de andere belangen die meespelen (concrete belangenafweging);

- e. **“de evolutie in standpunten, zonder wijziging van de toepasselijke wettekst, tot gevolg heeft dat de wijze waarop de uitkering van de levensverzekeringsovereenkomsten wordt behandeld bij het openvallen van de nalatenschap anders is dan waar de erfflater op het moment van de schenking kon van uitgaan”**; de zinsnede *“zonder wijziging van de toepasselijke wettekst”* is relevant. De nadruk ligt op het feit dat de Belastingadministratie eenzelfde wettekst in de tijd op een andere (volledig tegenovergestelde) manier interpreteert. De belastingplichtige mocht ervan uitgaan dat de eerste (gunstige) interpretatie zou worden aangehouden; met “interpretatie” heeft dat overigens niets te maken; een norm die jarenlang op een bepaalde manier werd uitgelegd en die plots helemaal anders wordt toegepast (bocht van 180 graden), wordt niet “geïnterpreteerd”, maar “gewijzigd”²⁷;
- f. **“ongeacht of het standpunt van de federale Belastingadministratie juist of onjuist was, het uitdrukkelijke standpunt duidelijk was en moet worden geacht bij de betrokkenen rechtmatige verwachtingen te hebben gecreëerd, zodat de betrokkenen er hun gedrag mochten op afstemmen”**; de zinsnede *“ongeacht of het standpunt van de federale Belastingadministratie juist of onjuist was”* is van het grootste belang. Ook indien het eerste (voor de belastingplichtige gunstige) standpunt van de federale Belastingadministratie onjuist en dus onwettig was (*quod non*)²⁸, moest het rechtmatig vertrouwen gehonoreerd worden. Dit betekent niets anders dan dat het vertrouwensbeginsel in deze de voorkeur geniet op het legaliteitsbeginsel, minstens op de regel dat de fiscale wet van openbare orde is en de fiscale administratie derhalve op een onwettig standpunt mag en moet (kunnen) terugkomen. Dat is een bijzonder merkwaardig standpunt van het hof van beroep, dat niet tegengesproken wordt door het Hof van Cassatie, als men weet dat het Hof van Cassatie de laatste jaren niet langer geneigd was het vertrouwensbeginsel te laten voorgaan op het legaliteitsbeginsel²⁹. Anders gezegd, het openbare orde karakter van de fiscale wet, *in casu* van de regels inzake de belastbare materie in de erfbelasting, is niet dermate belangrijk dat de toepassing van het vertrouwensbeginsel zonder meer (in het algemeen) moet worden geweerd. Het hof van beroep, en dus ook het Hof van Cassatie, laten die toepassing toe. Maar met het belang van het openbare orde karakter kan zeker rekening worden gehouden door de strenge eisen die aan het (wekken van het) (rechtmatig) vertrouwen worden gesteld. Belangrijk zijn in dat verband dan ook de woorden *“het uitdrukkelijke*

²⁷ Zie in dat verband RvS 12 juni 2018, nr. 241.761, in verband met de ommekeer van de fiscale administratie inzake de toepassing van art. 9 (oud) W.Succ./art. 2.7.1.0.7 VCF.

²⁸ Het is niet duidelijk of het feit dat het Hof van Cassatie in een arrest over de grond van de zaak, op dezelfde dag uitgesproken, van oordeel was dat het standpunt van de federale fiscale administratie juist was, heeft meegespeeld.

²⁹ *Supra*, de rechtsleer vermeld in voetnoot 20.

standpunt duidelijk was”, omdat daardoor benadrukt wordt enerzijds dat het vertrouwen gewekt werd (uitdrukkelijk) en anderzijds dat er in hoofde van de belastingplichtige ook geen twijfel mogelijk was over wat de gedragsregel inhield (duidelijk). Ook het feit dat de toenmalige rechtsleer de visie van de federale fiscale administratie goedkeurde, is relevant. Daaruit volgt immers dat de verwachtingen die bij de belastingplichtige werden gecreëerd, rechtmatig waren. Of, anders gezegd, de betrokkenen “mochten” er hun gedrag op afstemmen; of nog anders uitgedrukt: zij mochten erop vertrouwen dat de interpretatie door de federale fiscale administratie correct en dus wettig was;

g. het feit dat de Vlaamse Belastingdienst na het doen van de verzekeringsgiften en vóór het overlijden van de schenker-erflater het standpunt van de federale Belastingadministratie heeft verlaten (d.i. zoals gezegd een bocht van 180 graden heeft gemaakt), de toepassing van het vertrouwensbeginsel niet belet. **Uiteraard, het is juist omdat er na het doen van de verzekeringsgiften een strengere standpunt werd ingenomen, dat het (rechtmatig) vertrouwen moet worden gehonoreerd.** De determinerende keuzes waren immers reeds gemaakt (op zicht van het standpunt van de federale Belastingadministratie) bij het doen van de giften; de rechtszekerheid vereist immers dat de belastingplichtige op het moment dat hij een rechtshandeling stelt of een overeenkomst sluit, moet kunnen weten wat de fiscale gevolgen zijn van deze rechtshandeling/overeenkomst, en dat deze gevolgen nadien niet meer kunnen worden gewijzigd;

h. “**de ontsnappingsmogelijkheden die de eiser op 4 december 2015 nog heeft toegevoegd aan zijn standpunt nr. 15133 geen oplossing boden om aan de gehelarde opeenvolgende belasting te ontsnappen**”. Ook deze stelling is van het grootste belang. De Vlaamse Belastingadministratie/decreetgever gaat er van uit dat wanneer een strengere standpunt/decreetale regel wordt gepubliceerd/uitgevaardigd, het voldoende is dat men aan de belastingplichtige een ruim tijdsverloop laat om “zich in regel te stellen” of om te kiezen voor “alternatieven”, om het probleem van het gewekt vertrouwen te ontwijken. Dit is niet alleen het geval geweest bij het standpunt nr. 15133 inzake de verzekeringsgift³⁰, maar bv. ook bij de afschaffing van de fiscale voordelen van het duolegaat door de Vlaamse decreetgever³¹. Het punt is echter dat er meestal geen alternatieven zijn. Dat is immers de reden waarom voor de bewandelde weg is gekozen. Hadden de belastingplichtigen op voorhand geweten dat er een strengere standpunt/decreet zou komen, dan hadden zij misschien wel voor een andere techniek gekozen. Maar na het doen van de verzekeringsgift valt er niets meer te herstellen. Daar gelaten het punt dat men niet altijd een wijziging kan doorvoeren. Een verzekeringsgift tenietdoen is niet mogelijk zonder

³⁰ Het standpunt van 12 oktober 2015 werd slechts van toepassing verklaard op overlijdens te rekenen vanaf 1 maart 2016.

³¹ Uit de voorbereidende werken blijkt zeer duidelijk dat de inwerkingtreding pas op een latere datum zou plaatsvinden om de belastingplichtigen in staat te stellen maatregelen te nemen.

het akkoord van alle partijen. Een testament kan niet meer gewijzigd worden wanneer de testator wilsongeschikt is, enz. Het toekennen van een tijdsverloop tussen het nemen van de administratieve beslissing/decretale regel, is dus geen aanvaardbare oplossing voor het probleem van de toepassing in de tijd van strengere regels inzake fictiebepalingen.

Deze motivering in het arrest *a quo* kan, op enkele nuances na, bijgetreden worden.

Het besluit is helder. Het hof van beroep mocht, in de gegeven omstandigheden, oordelen dat het rechtmatig vertrouwen van de belastingplichtigen diende te worden gehonoreerd én wel in die mate dat zij recht hebben op de toepassing van artikel 2.7.1.0.6, § 1 VCF, zoals geïnterpreteerd door de federale Belastingadministratie.

Veralgemeend kan men stellen dat wanneer de (Vlaamse) Belastingadministratie op een bepaald ogenblik een standpunt inneemt in verband met een fictiebepaling in de erfbelasting, waardoor een rechtshandeling, die eerder niet belastbaar was, plots wel belastbaar wordt (een bocht van 180 graden), het oude standpunt (dat niet tot de heffing van erfbelasting leidde) gehonoreerd moet worden, indien het vertrouwen van de belastingplichtigen rechtmatig was. Wat voor de ene fictiebepaling geldt, geldt logischerwijze ook voor andere fictiebepalingen, die alle het stellen van een rechtshandeling tijdens het leven van de erflater impliceren.

Nog algemener zou men kunnen stellen dat wat geldt voor administratieve beslissingen die een bocht van 180 graden maken, ook geldt voor decretale “bochten”. De onderliggende redenen (rechtszekerheid en rechtmatig vertrouwen) zijn dezelfde.

Tot slot zou men kunnen stellen dat inzake fictiebepalingen in de erfbelasting (die tot de belastbare materie behoren), het aanknopingspunt in verband met de toepassing in de tijd (temporeel aanknopingspunt), niet het overlijden of het openvallen van de nalatenschap is, maar het stellen van de rechtshandeling die al dan niet onder de toepassing van de fictiebepaling valt³². De rechtszekerheid eist immers, zoals gezegd, dat de belastingplichtige nog vóór het stellen van die rechtshandeling moet kunnen weten of de fictiebepaling van toepassing is (en zal zijn). Hij moet er ook op kunnen vertrouwen dat deze fiscale kwalificatie niet achteraf (tussen het stellen van de rechtshandeling en het overlijden) wordt gewijzigd. Het belastbaar feit is in dat geval immers niet het overlijden, maar de gestelde rechtshandeling (onder opschortende termijn van het overlijden). Als men deze theorie aanvaardt, is er in deze eerder een inbreuk op het niet-retroactiviteitsbeginsel dan op het vertrouwensbeginsel. Dat is niet zonder

³² N. GEELHAND DE MERXEM, “De toepassing in de tijd van nieuwe en strengere fictiebepalingen”, *Not.Fisc.M.* 2016, afl. 3, 87-95.

belang, omdat de rechtspraak en de rechtsleer meer waarde toekennen aan het niet-retroactiviteitsbeginsel dan aan het vertrouwensbeginsel.³³

IV. HET BELANG VOOR DE NOTARIËLE PRAKTIJK

De vraag rijst welk belang deze cassatierechtspraak heeft voor de notariële praktijk.

M.i. zijn er twee punten van belang.

Het eerste punt is dat notarissen en het notariaat nooit mogen aannemen dat strengere standpunten van Vlabel inzake fictiebepalingen in de erfbelasting van toepassing zouden worden verklaard op rechtshandelingen/overeenkomsten die gesteld/overeengekomen zijn vóór de publicatie van het strengere standpunt. Deze aantasting van de rechtszekerheid is onaanvaardbaar voor het notariaat. Notarissen die moeten vrezen dat Vlabel met terugwerkende kracht rechtshandelingen/overeenkomsten belastbaar maakt die op het ogenblik van het stellen ervan niet belastbaar waren, kunnen niet meer (fiscaal) adviseren uit vrees achteraf teruggefloten te worden en boze cliënten over de vloer te krijgen. Zij kunnen weliswaar steeds de meest belaste weg adviseren, maar dat kan niet de bedoeling zijn. De adviserende taak van de notarissen (ook i.v.m. de fiscale gevolgen van de rechtshandelingen/overeenkomsten van hun cliënten) is immers essentieel en meteen ook de meerwaarde van het notariaat. Derhalve zou het notariaat en zijn vertegenwoordigers (de KFBN) m.i. steeds actief moeten optreden wanneer Vlabel zich niet houdt aan de regel dat strengere standpunten inzake fictiebepalingen, en inzake de belastbare materie in de erfbelasting in het algemeen, niet mogen terugwerken. Meer bepaald kan het notariaat bv. de strijdigheid van dergelijke standpunten met het rechtszekerheidsbeginsel aanklagen bij de Raad van State of de kosten van een principiële procedure in een concrete zaak op zich nemen.

Het tweede punt is dat notarissen er goed aan doen in hun akten duidelijk te maken dat de rechtshandeling/overeenkomst van/tussen partijen mede ingegeven is door de niet-belastbaarheid in de erfbelasting zoals dit blijkt uit de omzendbrief, standpunten of voorafgaande beslissingen van Vlabel die gepubliceerd zijn op het ogenblik van het stellen/sluiten van de rechtshandeling/overeenkomst. Derhalve zullen zij later, indien een strenger standpunt wordt ingenomen door Vlabel, een beroep kunnen doen op hun rechtmatig vertrouwen om die retroactieve toepassing te kunnen vermijden.

³³ Zie daarover, in het algemeen, S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Roeselare, Roularta, 2018, nr. 23, p. 50 e.v.; A. VAN DE VIJVER, E. MINGALEYEV en Th. HAENTJENS, "Algemene inleiding" in X, *Tiberghien. Handboek voor Fiscaal Recht*, 2020-21, I/2, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, nrs. 0201 e.v., p. 33 e.v.

FICTIEBEPALINGEN IN DE ERFBELASTING. TEMPOREEL TOEPASSINGSGEBIED EN RELATIE TOT DE ALGEMENE ANTIMISBRUIKBEPALING (NOOT BIJ CASS. 16 SEPTEMBER 2021)

Annick GHYSENS

1. INLEIDING

In het besproken arrest¹ worden twee vragen beantwoord waarvan vooral de eerste van groot belang is voor de notariële praktijk:

- Wat is het temporeel aanknopingspunt voor de toepassing van bepalingen uit de erfbelasting?
- Moet de fictiebepaling van artikel 2.7.1.0.4 VCF² worden beschouwd als een specifieke antimisbruikbepaling?

Aan de eerste vraag werd trouwens een CSW-dossier gewijd³. De oplossing die in dit dossier naar voor werd geschoven, is echter niet de oplossing die door het cassatiearrest wordt gegeven.

2. WAT IS HET TEMPOREEL AANKNOPINGSPUNT VOOR DE TOEPASSING VAN BEPALINGEN UIT DE ERFBELASTING, INCLUSIEF FICTIEBEPALINGEN?

De erfbelasting treft overdrachten door overlijden. Het zal dan ook niemand verbazen dat het temporeel aanknopingspunt voor de toepassing van de erfbelasting de datum van het overlijden van de betrokken erflater is. Ofschoon dit principe enkel zwart op wit in de regelgeving terug te vinden is wat de toepassing van het tarief betreft⁴, wordt aangenomen dat dit ook geldt voor de actieve en de passieve samenstelling van de nalatenschap, de waardering van de activa en passiva, het vaststellen van de graad van verwantschap tussen de erflater en de erfopvolgers, het beoordelen of een gunstregeling al dan niet van toepassing is, enz.

Omgekeerd blijven latere gebeurtenissen, zoals de verdeling – ondanks het civiele declaratieve karakter ervan – zonder invloed op de heffing van de erf-

¹ Cass. 16 september 2021, F.20.0071.N.

² Art. 5 W.Succ. In het Waalse en het Brusselse Gewest.

³ Dossier 6387, verslaggever N. GEELHAND DE MERXEM.

⁴ Art. 2.7.4.1.5 VCF en art. 61 W.Succ.

belasting⁵, met uitzondering echter van de latere gebeurtenissen die aanleiding geven tot de indiening van een nieuwe aangifte en die limitatief in de regelgeving zijn opgesomd⁶.

De erfbelasting treft echter niet enkel overdrachten door overlijden in de civiele zin maar is eveneens van toepassing op een aantal verkrijgingen die fiscaal met een overdracht door overlijden worden gelijkgesteld. Het gaat hier over de zogenaamde fictiebepalingen van de artikelen 2.7.1.0.3 tot en met 2.7.1.0.9 VCF (art. 4 t.e.m. 11 W.Succ.).

De meeste van deze fictiebepalingen houden in dat een welbepaalde verkrijging, onder de door de betrokken bepaling gestelde voorwaarden, die civiel zonder meer een conventionele verkrijging is, met andere woorden een verkrijging op grond van een overeenkomst onder de levenden, voor de toepassing van de erfbelasting wordt gelijkgesteld met een erfrechtelijke verkrijging, meer bepaald de verkrijging van een legaat.

De vraag stelt zich dan ook of het algemeen principe waarbij wordt aangenomen dat het temporeel aanknopingspunt voor de toepassing van de erfbelasting de datum van het openvallen van de nalatenschap is, ook kan worden toegepast op een verkrijging die haar rechtsgrond vindt in een overeenkomst onder de levenden maar die door een fictiebepaling fiscaal wordt gelijkgesteld met een erfrechtelijke verkrijging. Moet er in dat geval niet eerder rekening worden gehouden met de datum van het sluiten van de overeenkomst die aan de basis ligt van de verkrijging?

Deze vraag was de inzet van het rechtsgeding dat tot het hier besproken cassatiearrest heeft geleid⁷. Het ging *i.c.* om een huwelijksovereenkomst met een sterfhuisclausule die dateerde van 2007, waarbij het overlijden is voorgevallen op 4 augustus 2015, zijnde iets meer dan één maand na de datum van de inwerkingtreding van het Vlaams decreet⁸ waarbij de in artikel 2.7.1.0.4 VCF opgenomen overlevingsvoorwaarde werd geschrapt, zodat ook toebedelingen op grond van een sterfhuisclausule sedertdien binnen het toepassingsgebied van genoemde fictiebepaling vallen. Dit decreet bepaalde dat de gewijzigde tekst van artikel 2.7.1.0.4 VCF uitwerking zou hebben “*met ingang van 1 juli 2015*”, zonder dat er in een overgangsbepaling werd voorzien⁹.

Ongetwijfeld was het in de geest van de Vlaamse decreetgever zo dat met deze datum van inwerkingtreding de datum van het openvallen van de nalatenschap

⁵ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, 2019, nr. 64.

⁶ Wat het Vlaams Gewest betreft: art. 3.3.1.0.6 en 3.6.0.0.4 VCF; wat het Waalse en Brusselse Gewest betreft: art. 37 en 135 W.Succ.

⁷ Gent 24 december 2019, 2018/AR/1839, waarbij Rb. Gent 28 juni 2018 werd bevestigd.

⁸ Art. 24 Decr.Vl. 3 juli 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2015, BS 15 juli 2015.

⁹ Art. 61 Decr.Vl. 3 juli 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2015, BS 15 juli 2015.

werd bedoeld. Het gaat immers om een bepaling uit de erfbelasting waar het algemeen temporeel aanknopingspunt de datum van het overlijden is.

Maar – nogmaals – geldt dit temporeel aanknopingspunt ook voor verkrijgingen die gesteund zijn op een overeenkomst onder de levenden en die louter fiscaal met een verkrijging door overlijden worden gelijkgesteld?

Ook daarbij heeft de Vlaamse decreetgever zich blijkbaar geen vragen gesteld, rekening houdend met het feit dat de fictiebepalingen de geïmagineerde verkrijgingen gelijkstellen met een verkrijging bij legaat en met het feit dat, eens is vastgesteld dat er aan de toepassingsvoorwaarden van een fictiebepaling is voldaan, de gelijkstelling met een legaat op fiscaal vlak volledig is¹⁰. De verkrijging wordt geacht een verkrijging door overlijden te zijn – en heeft in het geval van artikel 2.7.1.0.4 VCF trouwens ook plaats op datum van het overlijden – zodat het temporeel aanknopingspunt ook in dit geval de datum van het openvallen van de nalatenschap is.

De Vlaamse decreetgever was waarschijnlijk gesterkt in deze overtuiging door het arrest dat door het Grondwettelijk Hof¹¹ werd gewezen in 2006, toen het ging over het temporeel aanknopingspunt van de door de Vlaamse decreetgever met ingang van 1 januari 2005¹² ingevoerde nieuwe fictiebepaling van artikel 4, 3° W.Succ.¹³ In dit arrest¹⁴ werd beslist dat het toepassen van de nieuwe fictiebepaling voor alle nalatenschappen die openvallen vanaf de gestelde datum van inwerkingtreding, ongeacht de datum van de schenking, niet in strijd is met het verbod van retroactiviteit van fiscale bepalingen. Het Hof motiveerde deze uitspraak met o.m. de volgende argumenten:

- inzake erfbelasting ontstaat de belastingschuld pas bij het overlijden;
- ofschoon een schenking “voltrokken” is op het ogenblik dat de overeenkomst is gesloten, heeft een schenking onder opschortende voorwaarde pas uitwerking bij de vervulling van de voorwaarde. Het is pas op dat ogenblik dat er een aanknopingspunt is voor de heffing van de belasting;
- elke wetswijziging zou onmogelijk worden indien zou worden aangenomen dat een nieuwe bepaling strijdig zou zijn met de Grondwet om de enkele reden dat zij de toepassingsvoorwaarden van de vroegere wetgeving wijzigt, om de enkele reden dat zij de berekeningen in de war zou sturen van diegenen die op de vroegere situatie zijn voortgegaan of om de enkele reden dat zij de verwachtingen van een partij in een rechtsgeding zou dwarsbomen;
- door de schenking onder de opschortende voorwaarde van het overlijden van de schenker met het oog op de heffing van het successierecht als een legaat

¹⁰ J. DECUYPER en J. RUYSSSEVELDT, *Successierechten 2020-2021*, Mechelen, 2021, nr. 844.

¹¹ In die tijd “Arbitragehof”.

¹² Decr.VI. 24 december 2004 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2005, BS 31 december 2004.

¹³ Schenkingen van roerende goederen door de erflater gedaan onder de opschortende voorwaarde van zijn overlijden; thans art. 2.7.1.0.3, 3° VCF.

¹⁴ Arbitragehof 24 april 2006, nr. 58/2006.

te beschouwen, heeft de decreetgever niets anders gedaan dan de bepalingen inzake registratie- en successierechten beter afstemmen op de oorspronkelijke doelstelling ervan.

Al deze argumenten kunnen eveneens worden gebruikt om te motiveren waarom het per 1 juli gewijzigde artikel 2.7.1.0.4 VCF wel degelijk van toepassing is op alle nalatenschappen die zijn opengevallen vanaf die datum, ongeacht de datum van de betrokken huwelijksovereenkomst.

Ook bij recentere decretale ingrepen in de erfbelasting heeft de Vlaamse decreetgever als het temporeel aanknopingspunt steeds de datum van het openvallen van de nalatenschap naar voor geschoven:

- De invoering van artikel 2.7.3.2.14 VCF en de wijziging van artikel 2.7.3.4.1 VCF waardoor schuldvorderingen en schulden voortkomende uit o.m. finale verrekenbedingen fiscaal werden geneutraliseerd¹⁵. Het decreet bevat geen specifieke datum van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen maar de memorie van toelichting preciseert: *“Deze bepalingen (...) zijn per definitie van toepassing op nalatenschappen die openvallen vanaf de datum van inwerkingtreding, aangezien het gaat om bepalingen die betrekking hebben op de samenstelling van het actief en het passief van de nalatenschap. Een eventuele inwerkingtreding enkel voor bedingen afgesloten na de datum van inwerkingtreding zou tot bijzonder complexe en overigens onrechtvaardig ogende situaties aanleiding geven.”*¹⁶
- De invoering van artikel 2.7.3.2.15 VCF, waardoor de planningstechniek van het (omgekeerd) duolegaat werd *kaltgestellt*¹⁷. Het decreet voorziet expliciet dat het temporeel aanknopingspunt onveranderlijk de datum van het openvallen van de nalatenschap is¹⁸, ofschoon de praktijk sterk had aangedrongen op een uitzondering voor reeds gemaakte testamenten of minstens op een overgangsregeling. De reden waarom de decreetgever niet is ingegaan op dit verzoek, is in de memorie van toelichting als volgt verwoord: *“De ‘oplossing’ die de werknemersorganisaties voorstellen, namelijk werken met ‘datum testament’ in plaats van met de datum van overlijden, is zonder meer problematisch. Een testament kan immers ook onderhands opgesteld worden en zo’n onderhands testament kán wel, maar móét niet geregistreerd worden in het Centraal Register van Testamenten. Is zo’n onderhands testament niet geregistreerd, dan is het niet gekend bij de overheid, met als gevolg dat het*

¹⁵ Art. 14 en 15 Decr.VI. 8 december 2017 houdende bepalingen tot verdere regeling van de invoering van niet-fiscale schuldvorderingen voor de Vlaamse Gemeenschap en voor het Vlaamse Gewest en de instellingen die eronder ressorteren, diverse fiscale bepalingen, en de overname van de dienst van de belasting op spelen en weddenschappen, de automatische ontspanningstoestellen en de openingsbelasting op slijterijen van gegiste dranken, *BS* 14 december 2017.

¹⁶ MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1301/1, p. 9.

¹⁷ Art. 2 Decr.VI. 19 maart 2021 tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, wat betreft de tariefverlaging voor non-profitlegaten en non-profitschenken en de invoering van de vriendenerfenis, *BS* 7 april 2021.

¹⁸ *Ibid.*, art. 7.

niet altijd duidelijk is welke de datum van het testament is. Een antidatering kan met andere woorden niet worden uitgesloten, wat de deur wagenwijd zou openzetten voor misbruik.”¹⁹

De zienswijze van de Vlaamse decreetgever is dus duidelijk en consequent, heeft de toets van het Grondwettelijk Hof doorstaan en is in het besproken arrest ook bevestigd door het Hof van Cassatie. Dit belet echter niet dat ze door sommigen fel wordt bekritiseerd²⁰. Volgens deze auteurs geeft de Vlaamse decreetgever wel degelijk een retroactieve werking aan de nieuwe bepalingen, door voorbij te gaan aan de datum van de rechtshandeling die de door de nieuwe bepaling geviseerde planningstechniek tot stand heeft gebracht (huwelijksvereenkomst, testament ...).

Daardoor worden vele toekomstige erfslaters verplicht hun successieplanning te herbekijken en desgevallend een nieuwe planning te (laten) bedenken, gesteld dat ze daar op dat moment nog de nodige bekwaamheid voor bezitten.

Dit argument heeft tot nog toe echter geen indruk gemaakt, noch op de Vlaamse decreetgever, noch op de hogere rechtspraak²¹. Het *supra* reeds aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof is wat dat betreft formeel: *“Weliswaar werden die verzoekers die hadden gehoopt op het in stand houden van de vroegere regeling, door de nieuwe regeling teleurgesteld in hun verwachtingen, maar bij het verrichten van een schenking onder opschortende voorwaarde was de mogelijkheid niet uit te sluiten dat de fiscale wetgeving kon worden gewijzigd, vóór de voorwaarde zich realiseert. Nu de bedoelde schenkingen voortaan, enerzijds, worden onttrokken aan registratierechten, en, anderzijds, gelijk worden behandeld met een legaat van roerende goederen, leggen de bestreden bepalingen geen onevenredige verplichtingen op aan degenen die, vóór de inwerkingtreding ervan, een schenking hebben verricht onder opschortende voorwaarde die wordt vervuld ten gevolge van het overlijden van de schenker.”²²*

Dit betekent dat practici die cliënten bijstaan in het uitwerken van een successieplanning waaraan fiscale aspecten zijn verbonden, er best voor zorgen dat ze deze cliënten altijd goed informeren over de mogelijkheid dat de planning, in het geval van een gewijzigde fiscale context, zal moeten worden herbekeken. Men zou kunnen stellen dat een successieplanning een vehikel is dat net als een wagen aangewezen is op een “periodiek onderhoud”.

Los van het temporeel aanknopingspunt van bepalingen uit de erfbelasting is er nog een ander belangrijk punt dat zorgvuldig uitgewerkte plannings in de war kan sturen, soms zelfs op niet-remedieerbare wijze.

¹⁹ MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 613/1, p. 11.

²⁰ O.m. N. GEELHAND DE MERXEM, “De toepassing in de tijd van nieuwe en strengere fictiebepalingen”, *Not.Fisc.M.* 2016, afl. 3, 87-95; F. HEYLEN, “Vlaamse erf- en schenkelasting anno 2021: Het fiscaal duolegaats is dood! Lang leve de filantropie?!”, *Not.Fisc.M.* 2021, afl. 6-7-8, randnrs. 20-23.

²¹ Cass. 16 september 2021, F.20.0071.N, concl. J. VAN DER FRAENEN, nrs. 2.3 en 2.4.

²² Arbitragehof 24 april 2006, 58/2006, overweging B.9.4.

Men moet er immers altijd voor beducht zijn dat de toepasselijke fiscale spelregels er helemaal anders kunnen uitzien als de nalatenschap van de erflater uiteindelijk fiscaal gelokaliseerd is in een ander gewest dan datgene dat in aanmerking werd genomen bij het uitwerken van de successieplanning.

Stel dat een inwoner van het Vlaamse Gewest samen met zijn kinderen overgaat tot een gesplitste aankoop zoals bedoeld in artikel 2.7.1.0.7 VCF en dat daarbij de voorzorgen worden genomen die zijn beschreven in Vlabel-standpunt 20067²³ om bij het overlijden van de vruchtgebruiker het vermoeden van bedekte bevoordeling te kunnen weerleggen. Als deze vruchtgebruiker daarna beslist om te verhuizen naar het Waalse of Brusselse Gewest en overlijdt nadat hij lang genoeg in dat gewest heeft gewoond zodat zijn nalatenschap in het Waalse of Brusselse Gewest is gelokaliseerd, zullen de erfopvolgers, voor het tegenbewijs tegen het vermoeden van bedekte bevoordeling van artikel 9 W.Succ., worden geconfronteerd met de voorwaarden die zijn opgelegd door RJ S9/06-07²⁴, die op een aantal punten strenger zijn dan de voorwaarden van het Vlaamse standpunt 20067, zodat het risico bestaat dat de erfopvolgers, ondanks de bij de verrichting genomen voorzorgen, er niet zullen in slagen het vereiste tegenbewijs te leveren.

Een tweede voorbeeld houdt rechtstreeks verband met de in deze bijdrage besproken bepaling, namelijk artikel 2.7.1.0.4 VCF/artikel 5 W.Succ. In navolging van het Vlaamse Gewest hebben de Waalse decreetgever en de Brusselse ordonnantiegever eveneens de voorwaarde van overleving geschrapt uit artikel 5 W.Succ. In beide regelgevingen werd echter een overgangsbepaling voorzien die stelt dat de gewijzigde tekst van artikel 5 W.Succ. enkel van toepassing is als de sterfhuisclausule werd overeengekomen in een huwelijksovereenkomst die dateert vanaf 1 juli 2014²⁵. Stel nu dat een inwoner van het Brusselse of Waalse Gewest een huwelijksovereenkomst met een sterfhuisclausule heeft die dateert van 2013. Zolang die persoon niet naar het Vlaamse Gewest verhuist, is er geen probleem: de sterfhuisclausule blijft fiscaal buiten schot. Maar als die persoon toch naar het Vlaamse Gewest zou verhuizen en er bij zijn overlijden lang genoeg blijkt te hebben gewoond zodat zijn nalatenschap fiscaal gelokaliseerd is in het Vlaams Gewest, dan zal artikel 2.7.1.0.4 VCF in zijn huidige versie worden toegepast, zodat hetgeen de langstlevende door de werking van de sterfhuisclausule verkrijgt wel degelijk onder de toepassing van deze fictiebepaling zal vallen.

²³ Standpunt 20067, 21 juni 2021, publ. 9 november 2021.

²⁴ Adm.Besl. Rep. RJ S9/06-07, 26 juni 2020, publ. 7 juli 2020.

²⁵ Art. 23 Decr.W. 1 juni 2017, BS 10 juli 2017; art. 17 Ord.Br. 13 juli 2017, BS 18 juli 2017.

3. RELATIE TUSSEN ARTIKEL 2.7.1.0.4 VCF EN DE FISCALE ANTIMISBRUIKBEPALING

Een tweede vraag waar het besproken arrest een antwoord op geeft, is de vraag of artikel 2.7.1.0.4 VCF een specifieke antimisbruikbepaling is. Deze vraag wordt door het Hof ontkennend beantwoord.

Sommige lezers vragen zich misschien af wat het verband is tussen deze tweede vraag en de eerste vraag naar het temporeel aanknopingspunt voor de toepassing van de erfbelasting.

Welnu, de verweerster in cassatie had opgeworpen dat artikel 2.7.1.0.4 VCF onmiskenbaar een antimisbruikbepaling is en dat voor de toepassing van een dergelijke bepaling de datum van het stellen van de rechtshandeling (*i.c.* het sluiten van de huwelijksovereenkomst) bepalend is. Daarbij werd verwezen naar de memorie van toelichting bij het decreet dat de overlevingsvoorwaarde van artikel 2.7.1.0.4 VCF heeft geschrapt²⁶, waarin werd gesteld dat de sterfhuisclausule tot dan toe door de fiscus werd “bestreden” via een opname van deze techniek op de zogenaamde “zwarte lijst” van fiscaal misbruik²⁷ doch: “*Door de voorwaarde van overleven te schrappen is de omweg via de antimisbruikbepaling niet meer nodig en wordt voor alle partijen rechtszekerheid gecreëerd.*”²⁸

Het Hof heeft deze stelling echter niet gevolgd. De sterfhuisclausule werd weliswaar door de fiscus beschouwd als fiscaal misbruik maar een fiscale bepaling die een einde maakt aan dit misbruik is daarom nog geen antimisbruikbepaling²⁹. Het Hof stelt dat artikel 2.7.1.0.4 VCF een bepaling van materieel belastingrecht is, terwijl een antimisbruikbepaling een procedurele bepaling is. Een antimisbruikbepaling, zoals artikel 3.17.0.0.2 VCF, creëert een wettelijk vermoeden in het voordeel van de fiscus, dat evenwel door de belastingplichtige kan worden weerlegd. Bij de toepassing van artikel 2.7.1.0.4 VCF is er geen sprake van bewijs en tegenbewijs. Zodra aan de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling is voldaan, zal ze worden toegepast.

Een ander belangrijk verschilpunt tussen een fictiebepaling en een antimisbruikbepaling, dat door het Hof niet wordt aangehaald, is dat de *motieven* van de belastingplichtige een doorslaggevende rol spelen als er (mogelijks) sprake is van fiscaal misbruik. Als echter een fictiebepaling van toepassing is, spelen de motieven van de belastingplichtige om voor die welbepaalde rechtshandeling te

²⁶ Art. 24 Decr.VI. 3 juli 2015 houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 2015, BS 15 juli 2015.

²⁷ Fed.Circ. nr. 5/2013, 10 april 2013, vervangen door de Vlaamse omzendbrief 2014/2, 23 december 2014, op haar beurt vervangen door de Vlaamse omzendbrief 2015/1, 16 februari 2015.

²⁸ MvT, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-15, nr. 333/1, p. 10.

²⁹ R. DEBLAUWE, “Fictiebepalingen zijn geen antimisbruikbepalingen”, *Successierechten* 2022, afl. 2, p. 15.

ANNICK GHYSENS

kiezen, geen enkele rol bij de beoordeling of de rechtshandeling al dan niet binnen het toepassingsgebied van de fictiebepaling valt.

30 maart 2023

ERREUR DE DROIT DANS UN ACTE AUTHENTIQUE ET FAUX EN ECRITURES PUBLIQUES

Jean GOEMAERE

1. LA PROBLÉMATIQUE DU FAUX EN MATIÈRE NOTARIALE

L'authenticité est au cœur de la fonction notariale. Elle apparaît dès la toute première phrase de la loi de Ventôse, et nous renvoie à une conception philosophique qui se rapporte à la vérité, à la pureté. L'étymologie grecque du terme (αὐθεντικός) renvoie aux notions de certitude, de ce qui fait foi¹, donc ce à quoi l'on peut ou doit croire.

Le faux est l'opposé naturel de l'authentique. Son origine latine est le terme *falsus*, qui renvoie au verbe *fallere*, tromper, du moins dans sa dimension volontaire, car ce qui est inexact peut résulter soit de l'erreur, soit de l'imposture.

La notion de vérité est utilisée régulièrement par la Cour de cassation² qui considère que « Le faux intellectuel consiste dans le fait qu'un document, qui n'a pas subi de modifications matérielles, constate des faits et des actes contraires à la vérité », ou encore que « L'infraction de faux en écritures visée aux articles 193, 196, 213 et 214 du Code pénal consiste, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, à dissimuler la vérité d'une manière déterminée par la loi dans un écrit protégé par la loi, alors qu'il peut en résulter un préjudice. Le faux est "intellectuel" lorsque l'instrumentum, qui n'a pas subi de modifications matérielles, constate des faits et des actes contraires à la vérité »³.

Aussi surprenant que cela puisse paraître, il est arrivé que des organes de poursuites ou des juridictions du fond qualifient de faux l'énonciation d'un acte qui n'était qu'une déduction éventuellement erronée, en telle sorte que la Cour de cassation a dû rappeler les principes élémentaires dont il sera question ci-dessous. Elle n'est pas la seule : des juridictions d'instruction ont dû les appliquer également pour refuser des poursuites pénales intentées sur base d'une méconnaissance de la distinction qu'il convient d'opérer entre l'erreur de droit et la commission d'un faux. Dans la mesure où un tel parcours jurisprudentiel concerne l'essence du notariat, il m'a paru important d'en faire état dans l'ouvrage qui commémore l'anniversaire du Comité d'études et de législation. Le

¹ Centre national de ressources textuelles et lexicales, v° Authentique.

² Cass., 21 juin 1994, R.G., P.93.1033.N, *Arr. Cass.*, 1994, p. 648 ; *Bull.*, 1994, p. 633 ; *Pas.*, 1994, I, p. 633.

³ Cass., 21 juin 1994, R.G., P.93.1033.N, *Pas.*, 1994, n° 324.

notaire peut en effet être qualifié de ministre de la vérité. C'est ainsi que la cour d'appel de Mons considère que « L'objet du *negotium* n'est autre que la volonté des parties à l'acte, alors que l'objet de l'instrumentum est constitué par cette même volonté que le notaire aura ordonnée juridiquement et relatée conformément aux règles du droit notarial »⁴.

C'est le moment de rappeler que le faux est puni très sévèrement par la loi. Les faux sont rangés dans le chapitre des crimes ou des délits contre la foi publique. Celui qui commet un faux dans une écriture, soit publique, soit privée, est puni de la réclusion de cinq à dix ans, en vertu de l'article 196 du Code pénal ; l'article 195 dispose que le fonctionnaire ou l'officier public qui, en rédigeant des actes de son ministère, en aura dénaturé la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits qui ne l'étaient pas, porte la réclusion de dix à quinze ans. Certes, de telles peines, qui relèvent de la cour d'assises, ne sont jamais prononcées, grâce au mécanisme de la correctionnalisation ; mais une juridiction correctionnelle, qui a cru trouver un faux dans un acte authentique n'a pas hésité à prononcer, outre une peine d'emprisonnement de trois mois avec sursis, une interdiction professionnelle de trois ans⁵.

Le sujet qui nous occupe est très sensible. Il convient de préciser de la manière la plus exacte possible les contours de la notion légale de faux, spécialement dans les écritures publiques. C'est la tâche à laquelle je tente de m'atteler dans les lignes qui suivent, en analysant trois exemples de jurisprudence.

2. PREMIÈRE ILLUSTRATION : LA GÉRANTE QUI SOUTIENT REPRÉSENTER LA SOCIÉTÉ DISPOSE-T-ELLE EFFECTIVEMENT DES POUVOIRS NÉCESSAIRES ?

Le notaire est appelé à recevoir un acte authentique de vente d'un immeuble, aux termes duquel une dame A. est renseignée comme étant la gérante d'une S.P.R.L. B. Le procureur du Roi poursuit toutes les parties, en ce compris le notaire, au motif que ce dernier savait qu'il existait un litige relatif à la nomination de A. en qualité de gérante, que la question n'avait pas encore été jugée aux termes d'une décision définitive, et dès lors que la mention dans l'acte de la qualité de gérante est un faux.

Pourquoi le notaire acte-t-il que la dame A. comparaît en qualité de gérante ?

Cette qualité fait l'objet d'un long parcours judiciaire. Le notaire énonce dans l'acte que, aux termes d'un jugement rendu par le tribunal de commerce⁶, sont

⁴ Mons, 19 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 338 ; *Rev. not. belge*, 1997, p. 53.

⁵ Corr. Bruxelles, 28 juin 2012, n° 5.14.21.38.43, inédit, réformée après cassation par Liège, 25 juin 2015, n° 2015/2183, inédit.

⁶ Selon l'appellation de l'époque.

annulées les résolutions qui avaient réduit à néant la désignation de A. en qualité de gérante. Intervient ensuite un arrêt de la cour d'appel qui décide que ces résolutions sont valables, ce qui a pour conséquence que les pouvoirs de représentation de la société B. sont attribuées à une autre personne. L'arrêt de la cour d'appel est ensuite cassé par la Cour de cassation.

C'est à ce moment que l'acte authentique de vente est reçu. La cassation emporte la disparition de l'arrêt de la cour d'appel, et la cause est reprise au stade du jugement du tribunal de commerce. Ce jugement est exécutoire par provision. L'acte de vente est donc reçu.

Ultérieurement, la cour d'appel de renvoi annule à nouveau les pouvoirs de la dame A. Le liquidateur de la société B. se constitue partie civile contre les comparants à l'acte de vente, et contre le notaire, du chef de faux en écritures publiques. À la clôture de l'instruction, le procureur du Roi rédige un réquisitoire en vue de soutenir que les inculpés, dont le notaire, ont eu l'intention frauduleuse de faire croire dans l'acte que la dame A. détenait un mandat qui lui permettait d'engager la société, et ont donc commis le faux.

La chambre du conseil est saisie de la question de savoir s'il y a lieu de poursuivre les parties devant le tribunal correctionnel. Bien sûr, elle n'a pas le pouvoir d'acquitter les inculpés. Mais l'article 128 du Code d'instruction criminelle dispose que « Si les juges sont d'avis que le fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention ou qu'il n'existe aucune charge contre l'inculpé, il sera déclaré qu'il n'y a pas lieu à poursuivre ». La chambre du conseil doit qualifier provisoirement les faits et examiner tant les éléments matériels que l'élément moral de l'infraction, même s'il ne lui revient pas de trancher les questions de fond⁷.

L'ordonnance rendue⁸ analyse les décisions de justice relatées dans l'acte, examine soigneusement l'étendue de la cassation décidée avant l'acte authentique et considère qu'il n'y a pas lieu à poursuivre : le notaire, dit le juge, s'est fondé à bon droit sur l'autorité de chose jugée et sur les conséquences de l'exécution provisoire du jugement rendu par le tribunal de commerce, dont l'effet était de rétablir les pouvoirs de la dame A. L'appel dirigé contre l'ordonnance sera dit non fondé par la chambre des mises en accusation. Le notaire bénéficie donc du non-lieu et n'est pas cité devant le tribunal correctionnel.

Le juge a analysé l'acte authentique, et a rejoint le raisonnement du notaire. La décision judiciaire pose néanmoins l'intéressante question de savoir si, à supposer que la déduction juridique du notaire eût été inexacte, l'énoncé de la conclusion de ce raisonnement dans l'acte (la dame A. représente la société B.) constitue un faux en écritures.

⁷ Cass., 18 février 2009, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 870.

⁸ Ch. cons., Trib. Corr. du Hainaut, div. Charleroi, 10 février 2016, n° 13/57, inédit.

3. DEUXIÈME ILLUSTRATION : LA PROCURATION VERBALE ET L'ACTE NOTARIÉ

Le notaire reçoit en forme authentique un procès-verbal d'assemblée générale de la société S. en vue de changer la date de clôture de l'exercice social. Les parts sociales de la société S. appartiennent à la société C., laquelle est représentée par O. en qualité d'administrateur, O. représentant lui-même un autre administrateur G. L'acte dit que O. représente G. « en vertu d'une procuration ». Le mot « écrite » ne figure pas dans l'acte. Le notaire n'est pas en possession de la procuration écrite, mais un avocat lui confirme qu'elle existe et qu'elle lui sera transmise prochainement, ce qui sera fait. Le personnel de l'étude joint cette procuration écrite à l'acte après que celui-ci a été reçu.

Le procureur du Roi poursuit le notaire, l'avocat et les comparants du chef de faux en écritures publiques. Il soutient que le faux résulte de ce que le notaire n'était pas en possession d'une procuration écrite au moment de l'acte, que cette procuration n'était pas signée et que dès lors l'acte contient une énonciation contraire à la réalité.

Au moment de la réception de l'acte, le notaire procède à l'analyse de la situation juridique qui lui est soumise.

En droit, la validité du mandat n'est subordonnée à aucune solennité, à aucune forme : le mandat est un contrat purement consensuel. En vertu de l'article 1985 de l'ancien Code civil, le mandat peut être donné par acte authentique, par acte sous seing privé, ou verbalement. L'article 1984 du même Code assimile totalement les notions de mandat et de procuration : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». L'article 547, alinéa 2, du Code des sociétés de l'époque procède à la même assimilation : « Par procuration, il faut entendre le pouvoir donné par un actionnaire... ». Le terme « procuration » vise donc le *negotium* et non l'*instrumentum*. Un mandat peut être verbal ou écrit ; une procuration peut être écrite ou verbale. La jurisprudence et la doctrine utilisent régulièrement la notion de « procuration verbale »⁹. Même si l'on conseille souvent au notaire de préciser dans l'acte le caractère verbal de la procuration et d'attirer l'attention des parties sur les difficultés de preuve, cela n'interdit pas au notaire, indépendamment des questions de responsabilité civile, de se baser sur une procuration verbale, spécialement lorsque personne ne conteste l'existence du *negotium* verbal.

À supposer que le mandat verbal n'aurait pas existé, et que les comparants, y compris l'avocat, eussent trompé le notaire sur cette donnée, il n'en reste pas

⁹ Gand, 12 avril 1988, *Bull. contr.*, 1992, p. 2689 ; P. VAN MELKEBEKE, « [Règles générales de perception] Actes juridiques nuls », in F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement 2012-2013*, p. 686-693 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. XI, l. VII, n° 134.

moins que fond de la convention appartient aux parties et non au notaire : le contenu de l'acte dépend de la libre volonté des parties, et le notaire ne peut s'y immiscer ; il n'est pas responsable d'une éventuelle annulation pour vice de fond¹⁰. Cela implique que, si les parties font une déclaration inexacte, il n'y a pas de faux dans le chef du notaire : ce sont les parties qui s'expriment dans l'acte et non le notaire, pour tout ce qui n'est pas couvert par l'authenticité. Donc, si les parties déclarent faussement qu'il existe un mandat verbal (synonyme de procuration verbale), le notaire ne peut en être tenu ni civilement ni pénalement.

Quant à l'annexion de la procuration écrite, qui a eu lieu après la clôture de l'acte, elle ne confère pas l'authenticité au document annexé, sauf si l'annexe correspond elle-même aux conditions de forme de l'acte authentique : commentaire, signature, date, lieu, et toutes les mentions requises pour l'authenticité¹¹. En d'autres termes, la jonction matérielle ne suffit pas pour qu'il y ait une annexe authentique. Il faut encore qu'il y ait une jonction intellectuelle qui implique que l'acte authentique énonce les éléments principaux de l'annexe, dont sa date, et que l'annexe ait été signée non seulement par les parties, mais aussi par le notaire.

La cour d'appel¹² considère que « [...] une procuration peut être donnée verbalement et en actant l'existence de ce mandat verbal, le notaire ne commet pas un faux si l'existence de ce mandat n'est pas contestée par celui qui l'a donné ».

Toutefois, la même question subsiste que celle qui s'était posée dans l'espèce précédente : le notaire aurait-il commis un faux si son raisonnement avait été inexact et si la déduction juridique qui l'a inspiré avait été erronée ?

4. TROISIÈME ILLUSTRATION : QUEL ENCHÉRISSEUR DOIT-IL ÊTRE RETENU COMME ADJUDICATAIRE DÉFINITIF ?

Cet exemple de jurisprudence apporte la réponse à la question de la relation entre le raisonnement juridique du notaire et le faux en écritures publiques.

L'espèce se situe dans l'examen d'un faux civil ; mais les solutions qui existent dans la matière du faux pénal sont transposables en droit civil et inversement.

Le notaire procède à l'adjudication d'un immeuble. Un litige survient sur la question de savoir qui est l'adjudicataire définitif ; le notaire a adjugé le bien à V. par le système classique de la criée. Les parties sont contraires en fait, et le juge des saisies décide que le bien a été adjugé à B., lequel lui avait demandé

¹⁰ Civ. Bruxelles, 9 janvier 1933, *Annales du Notariat*, 1933, p. 480 ; Mons, 19 octobre 1992, *J.T.*, 1993, p. 338, *Rev. not. belge*, 1997, p. 53.

¹¹ Cass., 17 novembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 189, *Pas.* 1989, I, p. 303.

¹² Liège, 25 juin 2015, n° 2015/2183, inédit.

de dire pour droit que le procès-verbal était dénué de toute force probante d'une adjudication à V. Mais le juge des saisies, confirmé par la cour d'appel, *déclare faux* le procès-verbal d'adjudication et en ordonne la saisie tout en enjoignant au greffier de se conformer à l'article 904 du Code judiciaire, lequel dispose ce qui suit :

« Si le juge déclare le faux, mention du jugement est faite en marge de la pièce déclarée fautive, par les soins du greffier. Il est dressé procès-verbal de cet émarginement.

Le juge qui déclare le faux ordonne la saisie de la pièce reconnue fautive.

Ladite pièce sera, avec une copie du jugement déclarant le faux, transmise au procureur du Roi, par les soins du greffier, dans les quinze jours de la date de ce jugement. »

La transmission au procureur du Roi permet, s'il échet, d'intenter des poursuites pénales contre le notaire. Le juge est, au demeurant, soumis au principe général énoncé par l'article 29 du Code d'instruction criminelle, selon lequel toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public qui acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur du Roi¹³.

À supposer que le notaire ait commis une erreur de droit relative au déroulement des enchères, et donc à la désignation de l'adjudicataire, commet-il pour autant un faux en écritures publiques ? L'illégalité éventuelle de l'adjudication, décidée par le juge, a-t-elle pour conséquence que le notaire a enfreint le Code pénal ?

La fausseté des mentions de l'acte implique nécessairement une altération de la vérité ; c'est ce qu'on appelle le faux intellectuel, par opposition au faux matériel, qui consiste à modifier l'écrit.

La Cour de cassation a rendu antérieurement¹⁴ une décision de principe en la matière. Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles déclare le prévenu coupable d'avoir établi une fautive convention de cession de fonds de commerce entre deux sociétés, dans l'intention frauduleuse de commettre une escroquerie. La cour constate que le transfert du fonds de commerce n'a pas pu avoir lieu, au motif que l'actionnaire de la société cédante n'a pas acquis valablement ses actions, en raison d'un détournement commis au préjudice d'une ancienne filiale. La convention de cession n'a donc pas été légalement formée ; elle est inapte à sortir ses effets. La cour d'appel déduit de ces éléments que la convention de cession est un faux, mais la Cour de cassation décide que la cour d'appel a violé la notion légale de faux en écritures : les illégalités relevées n'impliquent pas que la convention est un faux intellectuel. Ce n'est pas parce qu'une convention est nulle qu'elle est fautive.

¹³ Civ. Arlon (ch. fisc.), 6 mars 2013, *Rev. not. belge*, 2014, liv. 3084, p. 298.

¹⁴ Cass., 9 décembre 2009, P.09.130.4.F.

Cette décision de principe de la Cour de cassation a été confirmée le 20 juin 2019¹⁵ dans l'espèce analysée ci-dessus. La cour d'appel ne peut déduire la fausseté de l'acte de ce qu'il est censé constater l'adjudication définitive à un autre enchérisseur que celui qu'il désigne ; l'illégalité de l'adjudication n'implique pas que l'acte qui la constate est un faux. La commission d'un faux n'existe que si l'acte incriminé constate *des faits contraires à la réalité*. Elle n'existe pas si l'énonciation contenue dans l'acte est l'exposé ou le résultat d'un raisonnement juridique. L'article 195 du Code pénal vise uniquement le fonctionnaire ou officier public qui « en rédigeant des actes de son ministère, en aura dénaturé la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits qui ne l'étaient pas »¹⁶.

5. CONCLUSION

Il est clair que si un notaire énonce dans son acte un fait contraire à la réalité, il commet un faux intellectuel.

C'est ainsi que si le notaire constate que le testament qu'il est chargé d'acter a été dicté par le testateur, et ce en présence des témoins, alors que ce fait ne correspond pas à ce qui s'est réellement passé, le testament authentique ayant été écrit à l'avance, il commet un faux¹⁷. Rappelons toutefois la théorie bien connue du secrétaire intelligent : un faux en écriture ne peut être imputé au notaire qui traduit les dernières volontés du légataire exprimées en quelques mots simples dans les termes adaptés conformément à leur signification correcte¹⁸.

Il faut donc bien distinguer les faits que le notaire constate, des considérations de droit qui sont reproduites dans l'acte. L'erreur de droit ne peut jamais être constitutive d'un faux en écritures publiques.

Ce principe doit être rapproché de celui selon lequel la force probante jusqu'à inscription de faux des actes authentiques ne s'attache qu'aux faits que l'officier public a pu constater personnellement, dans les limites de sa compétence¹⁹.

¹⁵ Cass. (1^{re} ch.), R.G., C.18.0085.F, 20 juin 2019, *Rev. not. belge*, 2020, liv. 3154, p. 809, note G. de L.

¹⁶ Voy. également A. LORENT, *Les faux en écritures et usage de faux*, Waterloo, Wolters Kluwer 2012, n° 325-236.

¹⁷ Gand (11^{bis} ch.), 16 janvier 2003, n° 1997/AR/2289, *T. Not.*, 2004, liv. 3, p. 145.

¹⁸ Bruxelles, 20 février 1991, *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 747.

¹⁹ Mons (2^e ch.), 11 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, liv. 25, p. 1089 ; *Rev. not. belge*, 2004, liv. 2979, p. 466.

L'APPARENTE INFRACTION URBANISTIQUE DE L'IMMEUBLE À VENDRE EN DROIT WALLON

Francis HAUMONT

Le notaire est tenu, nous le savons, de respecter certaines obligations d'information relative au droit de l'urbanisme à donner lors de la passation d'un acte. Parmi celles-ci, il y a celles relatives à la conformité du bien cédé aux règles d'urbanisme, l'objectif étant d'identifier dans la mesure du possible toute situation infractionnelle à cet égard. C'est dans ce contexte que s'inscrit notre contribution. En effet, il nous est apparu intéressant d'aborder la question de l'apparente infraction du bien cédé qui pourrait en définitive ne pas exister.

Sur ce point, la vérité juridique sera tranchée par le juge compétent, ce qui implique forcément qu'il soit saisi. Ce qui ne se fait que rarement au regard des nombreuses situations infractionnelles non identifiées. En effet, fréquemment, lors de la construction d'un bâtiment autorisé, des modifications mineures sont apportées par rapport aux plans du permis d'urbanisme, modifications qui peuvent trouver leur justification dans des détails techniques à régler. Ces modifications se font le plus souvent sans permis modificatif préalable créant potentiellement ainsi une situation infractionnelle. Il n'y a évidemment pas que des infractions mineures d'ordre technique, ce serait trop beau !

Le notaire, confronté à son devoir d'information, va devoir éventuellement se positionner face à une situation infractionnelle. Mais est-il réellement en face d'une situation infractionnelle ? La réponse n'est pas toujours aisée. L'élément non conforme pourrait *ab initio* ne pas être constitutif d'infraction. Une autre non-conformité pourrait être couverte par un de ces nouveaux mécanismes de prescription ou de constat de non-infraction apportés par le Code wallon du développement territorial (CoDT).

C'est le sort de l'apparente infraction urbanistique que nous examinerons après avoir rappelé les devoirs du notaire tels que le CoDT les précise.

BIEN CÉDÉ ET INFRACTION, LES OBLIGATIONS DU NOTAIRE

GÉNÉRALITÉS¹

Alors que, lors de la promulgation de la loi organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en 1962, aucune formalité légale n'était imposée au

¹ Voy. not. F. HAUMONT, *L'urbanisme – La Région wallonne, Rép. not.*, 2021, p. 753 et s. et réf. citées.

notaire, la modification substantielle intervenue le 22 décembre 1970 allait lui confier la mission de protéger les acquéreurs en les informant de manière non équivoque sur les contraintes découlant de la réglementation de l'urbanisme et confirmait, en le spécifiant, le rôle que le notaire tenait déjà dans la création des lotissements. Et depuis lors, les modifications législatives et décrétales successives n'ont fait que préciser son rôle tout en l'encadrant².

Une des missions fondamentales qui incombent au notaire est d'informer les parties à un acte portant sur un bien immobilier, bâti ou non, sur les contraintes qui pèsent ou qui pourraient peser sur ce bien en raison de prescriptions diverses découlant de la police administrative de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire³. Le CoDT le lui impose clairement. En effet, à quelques exceptions près, dans tout acte entre vifs, sous seing privé ou authentique, de cession, qu'il soit déclaratif, constitutif ou translatif de droit réel ou personnel de jouissance de plus de neuf ans et relatif à un immeuble bâti ou non, doivent figurer diverses informations de nature urbanistique. Et nécessairement, le notaire est concerné au premier chef par cette obligation en tant qu'officier instrumentant même si cette obligation incombe aussi au titulaire du droit cédé ou son mandataire, ce qui peut concerner une autre personne que le notaire⁴. Ces mentions sont écrites dans l'acte et donc lues devant les parties à l'acte.

La première catégorie d'informations qui doit être donnée renvoie à l'article D. IV.97 du CoDT, c'est-à-dire aux informations que doit contenir un certificat d'urbanisme n° 1. Il s'agit de donner au cessionnaire des informations relatives au statut du bien au plan de secteur, aux différents schémas de développement, aux guides régional et communal d'urbanisme, à l'existence d'un éventuel périmètre de péremption, etc. Si jadis ce type d'information n'était pas nécessairement aisé à obtenir, aujourd'hui les banques de données permettent d'obtenir beaucoup plus facilement lesdites informations.

Pour les autres informations que le notaire devra donner au cessionnaire, il peut certainement en recevoir du titulaire du droit cédé. On pense notamment et en particulier à l'information relative à la conformité urbanistique du bien à céder et à l'absence d'infraction (art. D.IV.99, § 1^{er}, al. 1^{er}, 4^o). Si le notaire ne les avait pas reçues du titulaire du droit cédé, il pourra tenter de les obtenir des administrations concernées. À défaut de réponse de l'administration intéressée dans le

² Voy. l'article très complet sur ce sujet de P.-Y. ERNEUX, « L'empreinte du droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme sur les contrats immobiliers : l'exemple de l'article 85 du nouveau C.W.A.T.U.P. », *Amén.*, 1999, p. 97-120. Voy. égal. B. KOHL et F. ONCLIN, « Exigences administratives et condition suspensive dans la vente immobilière », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 24 février 2011, *R.C.J.B.*, 2014, p. 13-55.

³ Sur cette question, voy. not. J. VAN YPERSELE et L. OLIVIER, *La vente et le droit de l'urbanisme wallon et bruxellois*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 51 et s.

⁴ Voy. égal. P.-Y. ERNEUX, « L'accès du notaire aux informations qu'il est légalement tenu de procurer aux parties sur le statut juridique des immeubles », in Y. LEJEUNE (dir.), *Pratique notariale et droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 328-343.

délai de 30 jours (art. R.IV.105, al. 3 et 4), le notaire mentionnera dans l'acte la date de l'envoi contenant la demande d'informations ou du récépissé de la demande d'information et indiquera que les informations n'ont pas été données et que l'acte est passé en dépit du défaut de réponse de l'administration.

Le CoDT a ajouté l'obligation de donner lecture de la disposition relative à la cession des permis (art. D.IV.92) et d'en faire mention dans l'acte (art. D. IV.104)⁵. La *ratio legis* de cette obligation est en lien avec le fait que le cédant ou ses ayants droit demeurent solidairement responsables avec le cessionnaire des charges d'urbanisme et des conditions prescrites ou encore des actes et travaux nécessaires à l'ouverture, la modification, ou la suppression d'une voirie communale, faute d'avoir respecté les prescriptions de l'article D.IV.92.

On ajoutera qu'il est communément admis que le notaire est investi d'une mission générale de conseil des parties à un acte déterminé⁶. L'article 9, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi organique du notariat est sans équivoque à cet égard⁷. Le devoir de conseil implique que le notaire éclaire les parties sur la nature juridique, la signification et la portée exacte des opérations, l'étendue des droits et engagements qui en découlent⁸, les dangers qu'elles comportent, sur les mesures à prendre et les formalités à accomplir en vue d'assurer l'efficacité des opérations qui lui sont demandées et sur la portée et les conséquences économiques des opérations en cause. Le devoir de conseil peut impliquer également que le notaire se livre à des investigations dont la nature, l'étendue et les limites sont commandées par celles du devoir d'éclairer⁹. À cet égard, il apparaît que l'information que la loi impose au notaire pourrait être insuffisante pour éclairer les parties, et plus spécifiquement l'acquéreur : « le notaire ne peut s'en tenir à ce rôle purement formel et administratif »¹⁰. Cela étant, ce devoir d'information a ses limites également.

Toujours dans le cadre de ses obligations de conseil, il appartient au notaire de vérifier certains faits ou déclarations.

Il va de soi que lorsque le cédant affirme, conformément aux dispositions légales, que le bien a fait l'objet d'un permis d'urbanisme, d'urbanisation ou

⁵ Voy. not. M. CRISPIN et F. HAUMONT, « La cession des permis », in P.-Y. ERNEUX, F. GROGNARD et B. PAQUOT, *Les scissions de société à l'aune du CSA, Jurimpratique*, 2021, 1-2, p. 333-382.

⁶ Voy. sur ce point, P. HARMEL, « Organisation et déontologie du notariat », *Rép. not.*, t. XI, 1. V, éd. 1979, n° 31 et s. et J. DEMBLON, « La fonction notariale », t. XI, I. V/1, n° 23 et s.

⁷ R. BOURSEAU, « La responsabilité professionnelle du notaire », *C.U.P.*, 2001, vol. 50, p. 234.

⁸ Par ex., sur la portée des prescriptions d'un permis de lotir (aujourd'hui permis d'urbanisation) Liège, 3^e ch., 6 juin 2005, *R.G.A.R.*, 2007, p. 48-55.

⁹ Liège, 17 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1419, obs. A. KHOL.

¹⁰ O. JAMAR, « De la qualification de terrain à bâtir dans un acte notarié », in *Liber amicorum Edmond Bouttiau et Jacques Demblon*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1987, p. 169-217. Sur l'obligation qui incombe au notaire d'expliquer la portée et l'étendue des droits et engagements des parties, voy. not. Civ. Namur, 18 février 1986, *Rev. not.*, 1987, p. 159, obs. R.D.V. ; *Rev. rég. dr.*, 1986, note Ch. VANHALEWYN ; Liège, 17 mai 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1419, obs. ; Mons, 16 novembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 508, obs. A. KOHL, « La responsabilité civile du notaire en cas d'opération immobilière négociée en dehors de lui ».

d'un certificat d'urbanisme, le notaire demandera si nécessaire copie desdits documents. De même, le notaire vérifiera, dans la mesure de ses moyens, l'exactitude de certaines déclarations du cédant relatives aux servitudes conventionnelles frappant le bien cédé. Dans le même ordre d'idées, lorsque le permis d'urbanisme ou d'urbanisation prévoit la réalisation de conditions ou de charges, le notaire demandera des informations sur le respect des conditions ou des charges ou sur la garantie financière éventuellement constituée.

DEVOIRS DU NOTAIRE FACE À LA SITUATION INFRACTIONNELLE DU BIEN CÉDÉ

Une question délicate est celle de savoir dans quelle mesure le devoir d'information et d'investigation du notaire lui impose de s'enquérir de la conformité du bien cédé aux prescriptions urbanistiques diverses.

L'article D.IV.99, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, prévoit que l'acte de cession mentionne soit que les cédants n'ont commis aucune infraction, soit qu'une infraction a été commise, celle-ci ayant été actée éventuellement dans un procès-verbal.

Lorsqu'il y a eu citation devant le tribunal correctionnel ou exploit introductif d'instance devant le tribunal civil pour une infraction aux dispositions du CoDT, la transcription à la conservation des hypothèques de la situation du bien concerné prévue par le CoDT assure l'information du notaire, qui devra la répercuter aux parties. La même règle est applicable au jugement intervenu.

En dehors de ces hypothèses, la question de l'obligation qui incombe au notaire est délicate. Il n'est évidemment pas à même de vérifier lui-même dans quelle mesure le bien vendu est ou non conforme notamment au permis d'urbanisme qui avait été délivré en son temps. C'est la raison pour laquelle il est prudent d'interroger l'administration communale à ce sujet. Et si possible d'attendre sa réponse avant de faire signer un compromis¹¹.

On sait que la question de la vente d'un immeuble en infraction est une question sensible¹². Pourrait ainsi être mise en cause la responsabilité du notaire, dès lors

¹¹ Liège, 8 janvier 2015, *J.T.*, 2016, p. 33-34.

¹² Voy. not. Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX, « La vente d'un immeuble grevé d'une infraction à l'obligation de disposer d'un permis d'urbanisme dans la pratique notariale », in C. AUGHUET (dir.), *À l'origine de la responsabilité du notaire : la préparation d'un dossier de vente et de succession*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 81 ; T. DERVAL et L. GRAUER, « Infraction urbanistique et illicéité de l'objet du contrat de vente : un trait d'union ténu », *R.G.D.C.*, 2015, p. 422-435 ; P.-Y. ERNEUX et M. VON KUEGKGEN, « L'ancrage de l'ordre public environnemental dans le droit privé des contrats immobiliers » in Congrès des notaires de Belgique, *Entre liberté et contraintes normatives : le défi du notaire*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 5 ; B. LOUVEAUX « Les effets du permis d'urbanisme sur les contrats : l'exemple bruxellois », *Rev. dr. imm.*, 2000, p. 192 ; B. KOHL, « La vente d'immeuble (de gré à gré) », *Chroniques notariales*, avril 2010, n^o 51, p. 55 ; M. THIRY, « L'immeuble entaché d'une infraction : défaut de

que ce dernier a un devoir de conseil et d'information vis-à-vis des futurs acquéreurs pour autant bien entendu qu'il ait connaissance du fait que le bien vendu est en infraction¹³.

LE BIEN CÉDÉ EST-IL RÉELLEMENT EN INFRACTION ?

Jusqu'il y a peu, la question de savoir si un bien était ou non en infraction au regard du droit de l'urbanisme recevait une réponse relativement facilement¹⁴. Soit le bien était conforme aux règles d'urbanisme, soit il ne l'était pas auquel cas le bien était en infraction jusqu'à sa mise en conformité. En effet, la quasi-totalité des infractions d'urbanisme étaient des infractions continues qui ne pouvaient jamais se prescrire. En droit wallon, le CoDT a apporté à cet égard des assouplissements non négligeables à telle enseigne que ce qui était apparemment infractionnel ne l'est plus d'office. D'où la question : le bien cédé est-il réellement en infraction ?

LES ACTES CONSTITUTIFS D'INFRACTION

Le CoDT, comme ses prédécesseurs, énumèrent les actes constitutifs d'infraction¹⁵. La liste de l'article D.VII.1, § 1^{er}, est longue. Plus exactement potentiellement longue. En effet, lorsqu'elle comprend le fait d'exécuter des actes et travaux soumis à permis sans ledit permis, cela renvoie à la très longue liste des actes soumis à permis.

À cet égard, si de nombreux actes sont clairement soumis à permis préalable rendant la situation infractionnelle évidente en l'absence de permis, d'autres situations sont plus subtiles.

En effet, lorsque le législateur soumet, par exemple, la modification sensible du relief du sol à permis préalable, on peut s'interroger longuement sur ce qui

conformité ou vice caché », *Obligations, contrats et responsabilités*, juillet-août 2016, n° 10, p. 2 ; J. VAN YPERSELE et L. OLIVIER, *La vente et le droit de l'urbanisme wallon et bruxellois*, Waterloo, Kluwer, 2011, 123 p. ; J.-L. VAN BOXTAEL, « L'aliénation d'une construction irrégulière », *Rev. not.*, 1998, p. 462-502 ; M. VON KUEGELGEN, « Actualités de droit civil dans le CoDTbis », in Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX (dir.), *Droit de l'urbanisme : CoDT (bis) et CoBAT : quelles nouveautés pour la pratique notariale ?*, *Jurimpratique*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 370 et s.

¹³ M. DELNOY et S. CHARLIER, « La méconnaissance du permis d'urbanisme et du permis d'urbanisation et ses conséquences autres que contractuelles dans la pratique notariale », in Ch. AUGHUET et P.-Y. ERNEUX (dir.), *Droit de l'urbanisme : CoDT (bis) et CoBAT : quelles nouveautés pour la pratique notariale ?*, *Jurimpratique*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 305-347, spéc. p. 322.

¹⁴ Voy. not. J. VAN YPERSELE et M. BOES, « Infractions d'urbanisme : quelques réflexions sur l'évolution de leur champ d'application depuis la loi du 29 mars 1962 à nos jours », in M. DELNOY, Ch.-H. BORN et N. VAN DAMME (dir.), *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, 50 ans après la loi organique*, Limal, Anthemis, 2013, p. 201 et s., spéc. p. 205 et 206.

¹⁵ Voy. F. GUÉRENNE, « Infractions et sanctions », in F. HAUMONT, *L'urbanisme – La Région wallonne, Rép. not.*, 2021, p. 645 et s.

constitue une modification « sensible ». Le CoDT a certes amélioré le cadre réglementaire en identifiant ce qui, au sens du droit wallon de l'urbanisme, est une modification sensible du relief du sol. Mais lorsque l'article R.IV.4-3 mentionne, parmi d'autres situations, un volume supérieur à 40 m³ ou une hauteur de plus de 50 cm par rapport au niveau naturel du terrain ou encore une localisation sur un terrain soumis à un risque de ruissellement concentré, l'évidence de l'éventuelle infraction ne saute pas aux yeux.

Et l'on peut multiplier les exemples de cas infractionnels qui dépendent de conditions plus ou moins précises fixées par la partie réglementaire du CoDT qui régulièrement fait référence à des seuils.

Par ailleurs, pour simplifier les lourdeurs administratives et la vie des citoyens, le droit de l'urbanisme traditionnellement liste des actes et travaux qui sont exonérés de permis ou bénéficient d'une procédure allégée. Forcément, les actes et travaux exonérés de permis ne peuvent être infractionnels. Cela étant, ces actes et travaux ne sont exonérés de permis que s'ils répondent aux conditions de l'article R.IV.1-1 du CoDT. Celui-ci comprend près de 40 pages de tableaux et de colonnes déterminant lesdites conditions. Or la manière dont certaines conditions sont libellées ne rend pas l'exonération aussi évidente qu'on pourrait le souhaiter.

Quelques exemples :

- L'ouverture de baies dans le plan de la toiture sur maximum un niveau et totalisant au maximum un quart de la longueur de l'élévation correspondante (...);
- Les abris de jardins dont, parmi d'autres conditions, les hauteurs maximales sont 2,50 m à la gouttière, 3,50 m au faîte et 3,20 m à l'acrotère ;
- Les portiques, portillons ou portails d'une hauteur maximale de 2,00 m permettant une large vue sur la propriété ;
- ...

La situation se complexifie dès lors qu'en outre on tient compte du fait que si les actes et travaux potentiellement exonérés de permis ont été réalisés pendant un chantier de mise en œuvre d'un permis d'urbanisme – le maître de l'ouvrage veut ajouter une nouvelle baie dans la toiture –, l'exonération ne vaut pas et un permis modificatif sera requis¹⁶.

Face à ces situations, le notaire peut évidemment prendre acte des déclarations du cédant quant à la conformité du bien cédé aux règles de l'urbanisme. On ne peut décemment pas lui demander de vérifier lui-même l'importance de la modification du relief du sol, la surface occupée par les nouvelles baies dans le toit par

¹⁶ Voy. par analogie avec l'ancien régime des déclarations urbanistiques, C.E., *sprl Immobilière d'Oupeye*, 7 décembre 2010, n° 209.578.

rapport à la toiture concernée ou si le portail de 2 m de hauteur maximale permet une large vue sur la propriété. On ne peut non plus lui demander de certifier que la nouvelle baie dans la toiture a été posée après la fin de la mise en œuvre du permis initial.

LES ACTES ET TRAVAUX INFRACTIONNELS QUI NE PEUVENT PLUS ÊTRE POURSUIVIS OU QUI BÉNÉFICIENT D'UNE AMNISTIE

Parmi les nouveautés marquantes apportées par le CoDT, la dépenalisation de certaines infractions n'est pas passée inaperçue.

Comme nous l'avons relevé ci-dessus, jusqu'il y a peu, les infractions d'urbanisme étaient des infractions continues dans la mesure où le maintien de la situation infractionnelle était constitutif d'infraction source d'insécurité notamment en cas de vente du bien¹⁷. Et ces infractions pouvaient avoir été commises bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 mars 1962 puisque le mécanisme de l'autorisation de construire existe depuis l'arrêté-loi du 25 août 1915 relatif à la reconstruction des communes belges détruites.

Une première nouveauté apportée par le CoDT a été de préciser que les infractions de maintien concernent les actes et travaux exécutés après le 21 avril 1962, veille de la date d'entrée en vigueur de la loi organique de 1962 (art. D.VII.1, § 1^{er}, 3^o). Concrètement, les actes et travaux exécutés avant cette date sans permis ou en méconnaissance du permis qui avait été délivré ne sont plus susceptibles d'être poursuivis. Cela correspondait à une certaine pratique administrative¹⁸ et même à une certaine jurisprudence¹⁹.

Cela étant, on ne peut considérer que ces actes et travaux sont régularisés : ils restent infractionnels mais aucune poursuite ne peut être intentée à leur égard. Cette situation infractionnelle pourrait poser problème si des travaux de transformation soumis à permis sont envisagés²⁰.

Cette mesure a été complétée par un mécanisme similaire pour des infractions « non fondamentales » à savoir le maintien de certains actes et travaux aux termes d'un délai de 10 ans à dater de leur achèvement (art. D.VII.1, § 2). Les conditions pour pouvoir bénéficier de cet assouplissement sont précises et nécessitent parfois des vérifications qui dépassent largement la sphère d'intervention des notaires. On pense par exemple à l'infraction consistant à s'écarter du per-

¹⁷ M. BOES, S. BORREMANS, V. DAPSENS, M. DELNOY, P.-Y. ERNEUX, Fr. HAUMONT et M. PÂQUES, « Droit wallon de l'urbanisme. Infractions et sécurité juridique », in *Suggestions de lois faites au législateur en matière notariale. Un état de difficultés rencontrées dans la pratique notariale. Pistes de solutions*, Rép. not., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 135 et s.

¹⁸ F. GUÉRENNE, *op. cit.*, p. 650.

¹⁹ Corr. Bruxelles, *Amén.*, 2 mai 2013, p. 251.

²⁰ F. GUÉRENNE, *op. cit.*, p. 650.

mis d'urbanisme obtenu pour autant que l'écart soit inférieur à 20 % des cotes d'implantation des constructions (comment opérer ce calcul ?). De nouveau, leur maintien au-delà de ce délai n'est plus susceptible de poursuite, ce qui ne rend pas ces actes et travaux réguliers. Ce que nous avons dit à propos du maintien des actes et travaux réalisés avant le 21 avril 1962 vaut pour cette nouvelle règle.

Le troisième assouplissement notable dans le cadre de la volonté de dépenaliser partiellement le droit de l'urbanisme est la résultante d'un décret du 16 novembre 2017 ajoutant à l'article D.VII.1 les §§ 2/1 et 2/2. Il énonce que le maintien des actes et travaux autres que ceux qui bénéficient de la règle des 10 ans précitée bénéficie d'un mécanisme similaire 20 ans après leur achèvement. Ceci résulte de la volonté de couvrir des actes et travaux qui ne sont pas des infractions « non fondamentales » qui elles bénéficient du régime des 10 ans. La règle des 20 ans concerne donc les autres actes infractionnels à l'exception des actes et travaux qui consistent à créer un ou plusieurs logements après le 20 août 1994. De nouveau, ces actes et travaux qui constituent des infractions par hypothèse plus importantes que celles bénéficiant de la règle des 10 ans ne sont pas régularisés pour autant.

Enfin²¹, le dernier assouplissement en date et non le moindre, inscrit également dans le CoDT par le décret du 16 novembre 2017, constitue une véritable amnistie pour certains actes et travaux infractionnels qui bénéficient depuis lors d'une présomption irréfragable de conformité urbanistique (art. D.VII.1*bis*)²². En effet, dorénavant, les actes et travaux réalisés ou érigés avant le 1^{er} mars 1998 sont irréfragablement présumés conformes au droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme. Cela ne vaut toutefois pas pour une série d'actes et travaux notamment ceux qui ne sont pas conformes à la destination du plan de secteur sauf s'ils peuvent ou auraient pu bénéficier d'une dérogation ou s'ils concernent un site reconnu par ou en vertu de la loi sur la conservation de la nature ou un bien concerné par une mesure de protection du patrimoine.

La date pivot du 1^{er} mars 1998 a été choisie parce qu'il s'agissait de la date d'entrée en vigueur d'une réforme fondamentale du CWATUP opérée par le décret du 27 novembre 1997.

Les actes et travaux visés par l'article D.VII.1*bis* bénéficient donc eux d'une véritable amnistie. Il appartiendra à l'autorité publique de prouver, si elle estime que tels actes ou tels travaux ne sont pas dans les conditions de cette amnistie, que, par exemple, les actes et travaux concernés ont été réalisés après la date pivot du 1^{er} mars 1998.

²¹ En réalité, il existe encore un autre assouplissement très spécifique relatif aux logements permanents créés souvent dans des parcs résidentiels sis la plupart du temps dans des zones de loisirs dont le maintien n'est plus infractionnel après l'entrée en vigueur d'une zone d'habitat vert au sens de l'article D.II.64 (art. D.VII.1, § 2, al. 2).

²² F. GUÉRENNE, *op. cit.*, p. 658-660 ; B. HAVET, A. VANHUFFEL et R. VINCENT (dir.), *Droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Région wallonne*, Limal, Anthemis, 2022, p. 742-743.

Notons que la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation contre l'article D.VII.1bis²³.

*

Et le notaire dans tout cela ?

Notre propos, on l'aura compris, est de montrer que l'obligation qui s'impose au notaire quant à l'information donnée à l'acquéreur d'un bien en ce qui concerne sa conformité ou sa non-conformité au droit de l'urbanisme est tout sauf aisée.

Certes il existe des situations dans lesquelles le statut infractionnel ou non infractionnel ne se discute pas. Mais d'autres cessions immobilières probablement nombreuses peuvent s'avérer problématiques.

Nous avons vu que l'établissement même de l'existence d'une infraction ne va pas de soi quand celle-ci dépend du non-respect de règles techniques difficilement vérifiables, comme celle des 40 m³ d'une modification du relief du sol, ou de règles laissant place à une certaine subjectivité, comme celle du portail exonéré de permis pour autant qu'il permette une large vue sur la propriété.

De même, le notaire pourrait se trouver fort démuni face aux divers assouplissements opérés par le CoDT et ses modifications ultérieures. Comment maîtriser les catégories d'actes et travaux bénéficiant de la date pivot du 21 avril 1962 ou de celle du 1^{er} mars 1998 ou celles des actes et travaux bénéficiant de la règle des 10 ans ou des 20 ans lorsque l'entrée dans telle ou telle catégorie peut dépendre de conditions techniques malaisément vérifiables ?

Certes l'acquéreur attend du notaire instrumentant une information fiable. Mais à l'impossible nul n'est tenu !

Comme le mentionne P.-Y. Erneux²⁴, il est utile de donner l'information relative au mécanisme précité d'amnistie lié à la date du 1^{er} mars 1998 ; on peut y ajouter les mécanismes de dépenalisation dans les 10 ans ou les 20 ans selon les cas de l'achèvement des travaux ou celle liée à la date du 21 avril 1962. Et comme le pratique P.-Y. Erneux, il est pertinent d'obliger le cédant de mentionner l'existence des PV infractionnels et la date des derniers travaux et de leur achèvement.

²³ C.C., 9 juillet 2020, n° 102/2020.

²⁴ Note de lecture, in Comité d'études et de législation, *Rapports*, FEDNOT, Bruxelles, Larcier, 2022/2, p. 27.

LE TRAITEMENT SUCCESSORAL DE LA DONATION DE BIENS COMMUNS : (POINTS D’) ATTENTION !

Géraldine HOLLANDERS DE OUDERAEN

1. L’ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 7 DÉCEMBRE 2020²

1. Aux termes de son arrêt du 7 décembre 2020³, la Cour de cassation tranche la question controversée⁴ du traitement successoral d’une donation de biens communs en présence d’une clause d’attribution de communauté en faveur du conjoint survivant.

La Cour décide que si les époux ont consenti une donation de biens communs pendant le mariage, le rapport ou la réduction de ce don doit s’opérer dans la succession du survivant « dans la mesure où les biens donnés seraient tombés dans sa succession s’ils n’avaient pas été donnés ». Et de conclure corrélativement, tenant compte en l’espèce de la présence d’une clause d’attribution de la communauté au survivant : « le rapport ou la réduction ne doit dès lors pas s’opérer par moitié dans la succession de chaque époux ».

2. Les faits de la cause étaient simples : les conventions matrimoniales d’époux mariés sous le régime de la séparation de biens avec adjonction d’une société d’acquêts contenaient une clause d’option permettant au survivant, en cas de dissolution du mariage par le décès, de se voir attribuer la société d’acquêts pour la totalité en pleine propriété.

Les époux avaient, environ 4 ans avant le décès de Monsieur, donné la nue-propriété d’actions dépendant de la société d’acquêts à leur fille Katleen (l’une de leurs deux filles).

¹ La présente contribution est, avec l’accord d’Alexandra DEMORTIER que nous remercions, partiellement tirée d’une note d’observations coécrite avec celle-ci (« Le traitement successoral de la donation de biens communs conformément à la clé de répartition de la communauté matrimoniale : en a-t-on mesuré toutes les implications ? », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Rev. not. belge*, 2021, p. 632 et s., *J.T.*, 2021, p. 375 et s.).

² Cass. (3^e ch.), R.G., C.19.0488.N, 7 décembre 2020 (M.V./K.V., C.H.), *J.T.*, 2021, liv. 6858, p. 375, note A. DEMORTIER et G. HOLLANDERS DE OUDERAEN ; *J.L.M.B.*, 2022/21, p. 926, note P. MOREAU ; *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 152, note T. ROOVERS ; *Rev. not. belge*, 2021, liv. 3161, p. 632, note A. DEMORTIER et G. HOLLANDERS DE OUDERAEN ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/2 (sommaire), p. 563, note F. PEETERS ; *R.W.*, 2021-22/8, p. 324.

³ Rejetant le pourvoi introduit à l’encontre d’un arrêt de la Cour d’appel de Gand, du 13 décembre 2018, 2017/FA/0058 et 2017/FA/0133, inédit.

⁴ Problématique néanmoins passée jusqu’à récemment « sous les radars » dans la pratique comme le relève également Tim ROOVERS (« De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 158). On constate par ailleurs que, jusqu’à l’arrêt de la Cour de cassation, la doctrine s’étant investie dans la controverse était essentiellement néerlandophone.

Au décès de son époux, Madame opte pour l'attribution en pleine propriété de la société d'acquêts. La fille non gratifiée soutient que sa cohéritière doit le rapport à la succession de la moitié de la donation de biens communs lui consentie par ses parents. Le conjoint survivant et la donataire soutiennent toutes deux que les opérations de rapport et/ou de réduction doivent s'opérer uniquement dans la succession (future) du survivant des époux.

Dans son procès-verbal d'avis, le notaire liquidateur suit la thèse du conjoint survivant et de la donataire et considère que la donation ne doit être ni rapportée ni réduite dans la succession de Monsieur compte tenu du choix opéré par Madame de se voir attribuer la totalité de la société d'acquêts.

Le premier juge tranche dans un sens différent⁵ : il considère que les biens donnés doivent être rapportés⁶, à concurrence de moitié, dans le cadre de la succession de Monsieur.

La Cour d'appel de Gand réforme cette décision et, aux termes de son arrêt du 13 décembre 2018⁷, suit l'avis du notaire liquidateur.

Enfin, la Cour de cassation, après avoir rappelé succinctement les grands principes applicables au rapport et à la réduction des donations, les objectifs poursuivis par ces mécanismes et, enfin, les règles applicables au partage de la communauté et aux avantages matrimoniaux, consacre la thèse de la donataire (et du parent survivant) et rejette le pourvoi introduit par leur cohéritière à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand.

2. CHAMP D'APPLICATION

A. SITUATION VISÉE PAR L'ARRÊT

3. La Cour a été saisie d'une affaire dans laquelle :
- Les époux étaient mariés sous un régime de communauté ;
 - Les époux avaient consenti ensemble une donation de biens communs ;
 - Les époux avaient déjà adopté, au moment de la donation, une clause d'option dans leurs conventions matrimoniales ;
 - Le conjoint survivant a fait le choix de se faire attribuer la totalité de la société d'acquêts en pleine propriété ;
 - La décision ne porte explicitement que sur les mécanismes du rapport et de la réduction.

⁵ Civ. Courtrai (23^e ch.), 17 novembre 2016, R.G., 09/0494/A, inédit.

⁶ La donation ayant été consentie avec dispense de rapport, il n'aurait en principe pas dû être question de « rapport » mais on comprend l'idée du premier juge de « comptabiliser » cette donation, à concurrence de moitié, dans la succession de Monsieur.

⁷ Gand, 13 décembre 2018, 2017/FA/0058 et 2017/FA/0133, inédit.

B. SITUATIONS NON EXPRESSÉMENT VISÉES

4. Les situations suivantes ne sont pas expressément visées, même si on peut supposer que le raisonnement adopté par la Cour de cassation pourrait y être transposé :

- Hypothèse de la *donation d'un bien « commun » par un seul des époux*, l'autre ne faisant que « consentir » à ce don, sans être animé d'une intention libérale et donc sans revêtir la qualité de donateur⁸ ;
- Hypothèse d'un *avantage matrimonial autre que l'attribution de la totalité du « patrimoine commun » au survivant* (clause de partage inégal, clause de préciput, etc.)⁹ ;
- Hypothèse de *l'adoption par les époux d'une clause* portant sur le sort des biens communs *postérieurement à la réalisation d'une donation de biens communs*¹⁰ ;
- Etc.

La plupart des auteurs, favorables ou non à la décision prise par la Cour de cassation, estiment que le raisonnement de cette dernière est transposable aux situations qui précèdent.

C. APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DE LA DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION : L'ARRÊT DE LA COUR D'APPEL D'ANVERS DU 25 JANVIER 2022

5. La Cour d'appel d'Anvers a eu à se prononcer sur une demande de désignation de notaire chargé de procéder à la liquidation-partage de la succession d'un conjoint prémourant en présence d'une clause d'attribution de la totalité de la communauté (universelle) en faveur du survivant à charge pour ce dernier de payer à la succession du prémourant une somme égale à la valeur de la moitié nette de cette communauté (clause dite « Casman »).

L'appelant, débouté par le premier juge, soutenait qu'il n'y avait pas d'indivision et qu'il n'y avait dès lors pas matière à désignation d'un notaire chargé d'un partage successoral. La Cour d'appel d'Anvers déclare à cet égard l'appel non fondé et confirme la décision du premier juge en ce que celui-ci a ordonné la liquidation de la communauté matrimoniale et la liquidation-partage de la succession du prémourant. La juridiction d'appel confirme expressément, comme le premier juge, que, s'il n'y a effectivement pas matière à partage de la communauté – laquelle échoit intégralement au conjoint survivant –, il convient néanmoins d'en ordonner la liquidation préalable pour déterminer exactement la composition de cette communauté. À cette suite, la créance qui tombe dans la succession du conjoint survivant pourra être évaluée (le fait que cette créance ne soit exigible qu'au décès du conjoint survivant n'ayant pas d'incidence).

⁸ Cf. à ce sujet la note de bas de page n° 27.

⁹ Cf. à ce sujet l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 25 janvier 2022, *N.j.W.*, 2022, liv. 471, p. 835, note C. BLOMME, commenté *infra* n° 5.

¹⁰ Voy. aussi *infra* n° 16.

6. La Cour relève ensuite que l'appelante a, dans le cadre de son appel, soulevé divers points litigieux (réduction, recel, interprétation du testament, qualification de donations, etc.), qu'elle estime devoir être tranchés par la Cour à titre préalable.

Deux des trois intimés se prévalent alors de l'arrêt du 7 décembre 2020 de la Cour de cassation pour soutenir que le traitement successoral (rapport ou réduction) des donations consenties par les époux doit être réglé au moment du décès du conjoint survivant. À l'inverse, l'appelante et un autre intimé soutiennent que l'arrêt de la Cour de cassation ne peut en l'espèce trouver à s'appliquer.

La Cour répond en rappelant tout d'abord que « lorsque des époux donnent ensemble un bien commun, ils doivent être considérés comme donnant ensemble la totalité de ce bien. En effet, le patrimoine commun est un patrimoine d'affectation spéciale, dédié au mariage. Pendant le mariage, la propriété des biens contenus dans ce patrimoine appartient, dans son intégralité, et de manière identique, aux deux conjoints »¹¹.

Et la Cour de poursuivre, en rappelant l'enseignement de l'arrêt du 7 décembre 2020 de la Cour de cassation : « Quand des biens de la communauté ont été donnés par les époux pendant le mariage, le rapport ou la réduction de cette donation doit être effectué dans la succession de l'époux prédécédé dans la mesure où les biens donnés seraient tombés dans sa succession si la donation n'avait pas été faite. Dans l'hypothèse d'une clause de partage inégal, le traitement successoral des donations de biens communs faites par les parents doit être réglé proportionnellement dans la succession de chacun des époux et ce en fonction de la clé de répartition de la liquidation et du partage des biens de la communauté »¹².

La Cour relève qu'en l'espèce, l'attribution de la communauté au survivant est faite « à charge de verser à la succession du prédécédé une somme égale à la valeur de la moitié nette de cette communauté, les droits de succession dus sur la succession du prédécédé étant également mis à la charge de la communauté »¹³.

Dès lors concrètement, « si la donation des biens communs n'avait pas eu lieu, et alors même que ces biens donnés ne sont pas tombés en nature dans la succession de l'époux prémourant, la valeur de la moitié de ces biens aurait été incluse dans l'actif de cette succession en tant que créance » de sorte que « les donations issues du patrimoine commun ne peuvent donc pas être considérées uniquement comme un appauvrissement du patrimoine du conjoint survivant. Le fait que cette créance – sous réserve de circonstances particulières – ne soit pas exigible du vivant du conjoint survivant n'y change rien »¹⁴.

¹¹ Traduction libre.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

Eu égard à ces circonstances spécifiques, la Cour est d'avis que la « comptabilisation » successorale des donations de biens communs ne doit pas intervenir uniquement dans la succession de la mère survivante mais que, compte tenu des dispositions des conventions matrimoniales, le règlement doit être réalisé « proportionnellement » dans les successions de chacun des parents.

Il s'agit, à notre connaissance, de l'unique cas d'application (publié) postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2020.

7. La Cour d'appel d'Anvers suit donc, comme il fallait s'y attendre, l'arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 2020.

Il demeure qu'économiquement, le traitement successoral des donations de biens communs réalisées dans le cas d'espèce par les époux n'est pas aussi simple qu'il y paraît : si la charge au profit de la succession correspond à une créance de la « moitié nette » de la communauté, on notera qu'il est également question d'une charge correspondant aux « droits de succession dus dans la succession du prédécédé ».

Dès lors, faut-il considérer, comme semble le laisser entendre la Cour dans un premier temps¹⁵, que c'est la moitié des donations qui devra être « comptabilisée »¹⁶ dans chacune des successions ou faudrait-il en réalité réaliser un calcul de proportionnalité, comme le dit expressément la Cour¹⁷, et comptabiliser dans la succession du prémourant un pourcentage des donations réalisées correspondant à la créance totale de la succession à charge de la communauté (moitié nette + droits de succession) ? Cette dernière solution, moins « évidente », nous paraît cependant mieux correspondre au raisonnement de la Cour de cassation¹⁸.

On le constate, indépendamment des critiques juridiques qu'il suscite (*cf. infra*), l'arrêt de la Cour de cassation va soulever des difficultés techniques et pratiques.

¹⁵ Cf. l'attendu précité : « *indien de schenking van de gemeenschapsgoederen niet had plaatsgevonden, zouden deze geschonken goederen weliswaar niet in natura in de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot gevallen zijn maar zou de tegenwaarde van de helft ervan als schuldvordering in het actief van die nalatenschap opgenomen zijn* ».

¹⁶ Terme générique non juridique mais qui met en évidence les enjeux économiques du traitement successoral de la donation de biens communs en termes de rapport et de réduction.

¹⁷ Cf. l'attendu : « *In deze concrete omstandigheden is het hof van oordeel dat de erfrechtelijke verrekening van de schenkingen van gemeenschapsgoederen niet enkel in de nalatenschap van de moeder dient te gebeuren maar dat de verrekening gelet op de bepalingen van het huwelijkscontract proportioneel in de nalatenschappen van elk van de ouders verrekend moeten worden* ».

¹⁸ Comp., à propos d'une clause de préciput, T. ROOVERS, « De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 165 et A. AYDOGAN, « Cassatie 7 december 2020: schenking van gemeenschapsgoederen en verblijvingsbeding? Integrale verrekening in nalatenschap langstlevende echtgenoot! », *Notariaat*, 2021/2, p. 4.

3. DOCTRINE « CLASSIQUE » *VERSUS* DOCTRINE « MODERNE »

8. En adoptant la thèse du traitement successoral de la donation de biens communs dans la succession du/des conjoint(s) dans la succession duquel (desquels) le bien donné serait tombé s'il n'avait pas été donné, la Cour de cassation a adopté la thèse de la doctrine dite « moderne » (par opposition à la doctrine dite « classique »).

9. Rappelons succinctement ces deux courants, avant d'examiner les points de divergence qui les sous-tendent.

Selon la doctrine classique¹⁹ et conformément à une pratique bien établie jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation, une donation de biens communs est considérée comme ayant été consentie à concurrence de la moitié par chacun des époux, peu importe le sort du patrimoine commun des époux donateurs au moment de la liquidation. Elle est donc prise en considération à concurrence de la moitié dans chacune des deux successions, pour les opérations de rapport et/ou de réduction. C'est la thèse d'Henri De Page notamment : lorsqu'une donation de biens communs est consentie par les deux époux, il est admis qu'ils sont tous deux donateurs²⁰ de sorte que « la donation doit être rapportée pour partie à la succession de chacun d'eux (art. 843 et 850 du Code civil), qu'elle sera réduite selon la quotité disponible dans la succession de chacun d'eux (art. 920 et suivants) [...] »²¹.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 512, n° 497 ; H. DU FAUX, « Aanrekening van een geschonken gemeenschappelijk goed op de nalenschap van welke ouder? », in L. WEYTS (dir.), *De schenkingsakten*, Anvers, Kluwer, 1982, p. 34 ; J. VERSTRAETE, « Schenking van gemeenschappelijke goederen. Implicaties ingevolge verblijvingsbedingen, contractuele erfstellingen, inbreng- en inkortingsregels », *T. Not.*, 2001, p. 200 ; J. VERSTRAETE, « Schenking van gemeenschapsgoed aan kinderen », in A. VERBEKE, F. BUYSENS et H. DERYCKE (dir.), *Handboek Estate Planning*, Livre 2, *Vermogensplanning met Effect bij Leven: Schenking*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 102 ; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalenschappen*, Malines, Kluwer, 2006, p. 221. Plus récemment, voy. la note de J. VERSTRAETE, note de lecture sur le rapport complémentaire [de A.-L. VERBEKE, B. VERDICKT et A. VAN DEN BROECK, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 62-70], présentée à la séance du 16 octobre 2019, *CSW*, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 70-73, et J. VERSTRAETE, « Schenking van gemeenschapsgoederen en erfrechtelijke verrekening. Cassatie heeft standpunt ingenomen », note sous Cass., 7 décembre 2020, *T. Not.*, 2021, p. 57 et s. Voy. aussi, l'examen critique de K. VERGAUWEN, « De erfrechtelijke verrekening van schenkingen van gemeenschapsgoederen. Komt de wetgever nog tussen? », in W. PINTENS et C. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2020*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 175 et s. Voy. enfin, plus récemment encore, les notes critiques de F. PEETERS, « Le sort successoral de la donation d'un bien "commun" en présence d'une clause de partage inégal du "patrimoine commun" », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/2, p. 563 et s., et de P. MOREAU, « Le traitement successoral des biens communs donnés par des époux », note sous Cass., 7 décembre 2020, *J.L.M.B.*, 2022/21, p. 928 et s. Ce dernier évoque une « jurisprudence déconcertante qu'aucun principe de droit des régimes matrimoniaux ou des successions ne nous semble pouvoir justifier » (p. 931).

²⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 512, n° 497.

²¹ *Idem*.

La doctrine moderne, dont les précurseurs sont les Professeurs Renate Barbaix et Mieke Puelinckx-Coene²², estime que la donation de biens communs est à comptabiliser, en termes de rapport et de réduction, en fonction du (ou des) patrimoine(s) destinataire(s) du patrimoine commun et conformément à la clé de répartition de celui-ci, qu'elle soit légale (partage par moitié) ou adoptée par les époux donateurs (à titre d'exemple, attribution totale du patrimoine commun au survivant).

LA QUALITÉ DE DONATEUR

10. Les défenseurs de la thèse moderne, suivis par la Cour de cassation²³, font valoir que le patrimoine commun (auquel doit être assimilée la société d'acquêts) ne constitue pas une indivision ordinaire, mais bien un patrimoine d'affectation spéciale dont la finalité exclusive est le mariage.

Pendant le mariage, la propriété des biens dépendant de ce patrimoine commun appartient, dans son intégralité et de manière identique, aux deux conjoints ; ce patrimoine commun est donc un et indivisible, autrement dit une forme de patrimoine *sui generis* dans lequel les époux ne disposent pas, du temps du mariage, d'une part identifiée²⁴. Dès lors, lorsqu'un bien commun est donné, il l'est « pour le tout » par les conjoints ensemble.

C'est ainsi que, selon Madame Puelinckx-Coene, la combinaison d'une donation de biens communs avec une clause attributive de la communauté au survivant exprime, dans l'esprit des époux, une volonté de traiter cette donation comme consentie par celui qui survivra²⁵.

Il en résulte que, pour apprécier les conséquences successorales de la donation d'un bien commun, il faut examiner de quelle manière le patrimoine commun doit être réparti au décès de l'un des époux, en vertu de leurs conventions matrimoniales.

²² R. BARBAIX, « De schenking van gemeenschapsgoederen. Hoe gebeurt de erfrechtelijke verrekening? », in W. PINTENS et C. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2011*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 251 et s. ; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, 2011, Malines, Kluwer, p. 603-605, n° 572. Voy. aussi, plus récemment, dans le même sens : L. WUYTS, « De erfrechtelijke verrekening van de schenking van gemeenschapsgoederen », in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen Vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 171 et s. ; A. VAN DEN BROECK et A.-L. VERBEKE, « Donation par un époux d'un bien commun – donation d'un bien commun par des époux avec une clause d'attribution totale de la communauté », *CEL-CSW*, dossiers 4415-4415bis, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 33-39 et A.-L. VERBEKE, B. VERDICKT et A. VAN DEN BROECK, rapport complémentaire, *CEL-CSW*, dossiers 4415-4415bis, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 62-70. Voy. enfin les notes enthousiastes de A. AYDOGAN, « Cassatie 7 december 2020: schenking van gemeenschapsgoederen en verblijvingsbeding? Integrale verrekening in nalatenschap langstlevende echtgenoot! », *Notariaat*, 2021/2, p. 1-6 et de T. ROOVERS, « De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 158-166.

²³ Et par la Cour d'appel d'Anvers dans son arrêt du 25 janvier 2022, *N.j.W.*, 2022, liv. 471, 835, note C. BLOMME (cf. *supra*).

²⁴ A. AYDOGAN, « Cassatie 7 december 2020: schenking van gemeenschapsgoederen en verblijvingsbeding? Integrale verrekening in nalatenschap langstlevende echtgenoot! », *Notariaat*, 2021/2, p. 3.

²⁵ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 603-605.

La doctrine moderne et la Cour de cassation considèrent dès lors que les opérations de rapport et de réduction imposent de reconstituer le patrimoine du défunt « comme s'il n'avait pas donné » et en infèrent que s'il n'avait pas été donné, le bien serait resté dans la communauté et, en présence d'une clause d'attribution, aurait été attribué totalement au conjoint survivant ; il ne se serait donc pas retrouvé dans la succession.

Ainsi, les mécanismes du rapport ou de la réduction de la donation d'un bien commun ne trouveront à s'appliquer dans la succession du conjoint prémourant que « dans la mesure où le bien donné serait tombé dans sa succession si la donation n'avait pas été faite ».

11. La doctrine classique, à laquelle nous nous rallions, rappelle que la situation résultant du contrat de donation liant les époux donateurs au(x) donataire(s) est « clichée » au moment de l'acceptation du don par le(s) donataire(s). Les effets de la donation sont effectivement déterminés au moment de la conclusion du contrat et ne sont susceptibles d'être modifiés que de l'accord des parties, dans le respect des règles légales applicables en la matière. Dès lors, la manière dont la donation sera prise en compte au moment du décès des donateurs fait partie des effets déterminés au moment de la conclusion de la libéralité²⁶.

Ainsi, lorsqu'une donation de biens communs est réalisée, il existe deux donateurs distincts, les époux²⁷, tous deux animés d'une intention libérale, la dona-

²⁶ Notamment le caractère rapportable ou non de la donation (plus encore si celui-ci apparaît dans l'acte de donation).

²⁷ Il est d'ailleurs, en règle, admis que lorsqu'un époux a donné seul un bien commun sans l'accord de l'autre (et que la donation ne fait pas l'objet d'une demande en annulation par l'époux non donateur), la donation est comptabilisée pour la totalité au stade de la liquidation de la succession du prémourant donateur et est ainsi totalement rapportée dans sa succession ou imputée sur sa quotité disponible (L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, *R.P.D.B.*, complément, t. VI, 1983, p. 802, n° 1139 ; V. DAEPSENS, « La gestion du patrimoine commun », *Rép. Not.*, t. V, p. 806, n° 870 ; A. CUVELIER, « Donation de biens commun », *Rép. Not.*, t. III, l. 11, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 68 ; H. DU FAUX, « Over de schenking onder levenden van gemeenschappelijke goederen. Incidentie op inbreng, inkorting en eventuele vergoeding aan het gemeenschappelijke vermogen », *T. Not.*, 1997, p. 390-392, n° 4, 5). Au stade de la liquidation du régime matrimonial, le conjoint non-donateur sera admis à solliciter une récompense, conformément à l'article 2.3.44, alinéa 3, du Code civil (V. DAEPSENS, « La gestion du patrimoine commun », *Rép. Not.*, t. V, p. 806, n° 870 ; P. DE PAGE, *Le régime matrimonial*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 159, n° 137 ; C. GIMENNE, « Les sanctions de la gestion irrégulière ou frauduleuse d'un époux », *Rép. Not.*, t. V, p. 863, n° 989 ; L. RAUCENT, « Les régimes matrimoniaux », *R.P.D.B.*, complément, t. VI, 1983, p. 802, n° 1139). Cela démontre encore que c'est bien l'auteur de la donation, seul animé d'une intention libérale, qui détermine la succession dans laquelle la donation sera prise en compte et non le patrimoine à partir duquel elle est consentie. Observons toutefois que ce point de vue n'est pas partagé par les partisans de la thèse moderne consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt annoté. Ces derniers estiment qu'une donation de biens communs ne doit pas nécessairement être consentie par les deux époux ensemble. Un époux peut donner seul, moyennant le consentement de l'autre (*cf.* art. 2.3.33 du Code civil) afin d'éviter que la donation ne soit annulable sur la base de l'article 2.3.36 du Code civil. Ce consentement (« instemming ») lierait le patrimoine commun de la même façon que si l'époux consentant avait lui-même été codonateur (« toestemming »). Par ailleurs, que la donation ait été consentie par les deux époux ensemble ou qu'elle n'ait été consentie que par l'un des époux, avec le consentement de l'autre (sans qu'il ne soit pour autant cocontractant), le sort de la donation doit suivre, selon eux, la liquidation du patrimoine commun (voy. par exemple R. BARBAIX, « De schenking van ge-

tion devant dès lors être comptabilisée pour moitié dans chaque succession²⁸, peu importe le sort réservé à la communauté lors de la liquidation-partage du régime matrimonial²⁹.

En effet, ce qui détermine le traitement successoral de la donation de biens communs, au stade de la liquidation de la succession, c'est l'auteur de la libéralité. Les dispositions légales concernées sont limpides :

- C. civ., art. 4.83, § 1 : l'héritier « doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs [...] » ;
- C. civ., art. 4.88, § 1 : « Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur ».

Le patrimoine à partir duquel la donation a été consentie n'a pas d'incidence en l'espèce. Lorsqu'une donation de biens communs est réalisée, ce sont les époux qui donnent et non le patrimoine commun, lequel n'a pas de personnalité juridique. Henri De Page était déjà très clair sur ce point : « On remarquera que l'article 850 ne parle que d'un rapport à succession. Notre droit ne connaît plus le rapport à communauté. Lorsqu'une donation est faite à l'aide de biens de la communauté, ce n'est pas à la communauté elle-même qu'elle doit être rapportée ; c'est à la succession de celui ou de ceux des époux qui étaient débiteurs de la donation »³⁰.

L'existence d'une clause d'attribution totale de la communauté ne permet pas de dénier à l'époux prémourant sa qualité de donateur, qualité qu'il a acquise au moment de la donation³¹.

LA PRIMAUTÉ DE LA LIQUIDATION DU RÉGIME MATRIMONIAL

12. Nul ne remet en cause le principe selon lequel il convient, tout premièrement, de liquider le régime matrimonial avant de liquider la succession du

meenschapsgoederen. Hoe gebeurt de erfrechtelijke verrekening? », in W. PINTENS et C. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2011*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 269), de sorte qu'elle doit être prise en considération dans la succession en fonction du ou des destinataires du patrimoine commun, l'*animus donandi* dans le chef de l'époux non-donateur mais consentant, n'étant « pas relevant » dans la mesure où, « du fait de ce simple consentement, la communauté est liée, et de la communauté découle un *animus donandi* envers le donataire » (A.-L. VERBEKE, B. VERDICKT et A. VAN DEN BROECK, rapport complémentaire présenté à la séance plénière du 19 octobre 2019, *CEL-CSW*, dossiers 4415-4415bis, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 68, n° 14). Nous n'aborderons pas davantage ce point qui dépasse le cadre de la présente note, mais nos commentaires relatifs à une donation faite par les deux époux sont *a fortiori* transposables à la donation de biens communs faite par un seul d'entre eux.

²⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. X, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 512, n° 497.

²⁹ (Quand bien même celle-ci ne constitue pas une indivision ordinaire.)

³⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, Bruxelles, Bruylant, 1946, p. 899, n° 1200.

³¹ P. MOREAU, « Le traitement successoral des biens communs donnés par des époux », note sous Cass., 7 décembre 2020, *J.L.M.B.*, 2022/21, p. 930.

conjoint prémourant³². Cette primauté temporelle est justifiée par le fait que la succession du défunt comprend, outre les biens qui lui étaient propres, sa part dans la communauté ou dans les indivisions ayant existé au sein du couple, qui doit dès lors nécessairement être déterminée avant de l'inclure dans les actifs successoraux³³.

13. Les partisans de la thèse moderne déduisent de cette primauté de la liquidation du régime matrimonial que celle-ci détermine la part de chaque époux dans la communauté mais également, rétroactivement, la part de chaque époux dans la donation³⁴.

Ainsi, selon eux, il faut en déduire qu'en présence d'une clause attributive de la totalité du patrimoine commun au survivant, le bien commun donné par les époux ensemble serait, en l'absence de donation, revenu en totalité au conjoint survivant de telle sorte que cette donation doit être traitée uniquement dans la succession de ce dernier. En effet, disent-ils, le conjoint survivant est le seul qui, en définitive, voit son patrimoine amoindri : il est donc le seul donateur, la condition d'appauvrissement dans le chef du prémourant n'étant pas rencontrée³⁵.

Le raisonnement revenant à partir fictivement du sort qu'auraient connus les biens communs donnés en l'absence de donation est repris par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2020 : « lorsque des biens communs ont été donnés par les époux pendant leur mariage, le rapport ou la réduction de la donation doit s'opérer dans la succession du premier mourant dans la mesure où les biens donnés seraient tombés dans sa succession si la donation n'avait pas eu lieu ».

14. Les adhérents au courant classique rappellent que, précisément, si la liquidation du régime matrimonial précède la liquidation-partage de la succession, c'est bien au stade de la liquidation-partage du régime matrimonial que la clause de partage inégal ou de préciput prévue dans les conventions matrimoniales opère³⁶. La donation de biens communs qui a été consentie par les époux n'entre absolument pas en ligne de compte à ce stade.

Vient ensuite la liquidation-partage de la succession. C'est au cours de ces opérations que les donations consenties par le défunt seront prises en compte dans

³² A.-C. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions*, Limal, Anthemis, 2020, p. 425.

³³ *Idem*.

³⁴ A. VAN DEN BROECK et A.-L. VERBEKE, « Donation par un époux d'un bien commun – donation d'un bien commun par des époux avec une clause d'attribution totale de la communauté » et A.-L. VERBEKE, B. VERDICKT et A. VAN DEN BROECK, rapport complémentaire, *CEL-CSW*, dossiers 4415-4415bis, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 64, n° 6.

³⁵ L. WUYTS, « De erfrechtelijke verrekening van de schenking van gemeenschapsgoederen », in R. BARBAIX et N. CARETTE (dir.), *Tendensen Vermogensrecht 2017*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 186.

³⁶ A.-C. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions*, Limal, Anthemis, 2020, p. 425.

l'établissement de la masse de calcul du disponible (pour chiffrer la réserve des héritiers réservataires et chiffrer une éventuelle réduction) et aux fins du rapport.

Autrement dit, les opérations successorales de rapport et de réduction sont indifférentes à la clause d'attribution de la communauté au dernier vivant, ayant opéré au stade préalable de liquidation du régime matrimonial.

Raisonnement différemment revient à conférer à la clause d'attribution de la communauté au survivant un effet rétroactif qu'elle ne possède pas : celle-ci a vocation à s'appliquer lors de la dissolution du régime matrimonial et non antérieurement³⁷, et n'a vocation à viser que le patrimoine commun tel qu'il existe lors de la dissolution du régime matrimonial et non tel qu'il se serait composé en l'absence de toute donation.

D'ailleurs la recomposition du patrimoine du prémourant « comme si la donation de biens communs n'avait pas existé » est une fiction qui ne ressort d'aucune disposition légale :

D'abord, lorsque se pose la question de la « recomposition fictive », l'on se trouve nécessairement au stade de la liquidation de la succession, en telle sorte que seul le patrimoine du défunt est susceptible d'être reconstitué et non le patrimoine commun, qui n'existe plus pour avoir été antérieurement liquidé et partagé.

Ensuite, et plus fondamentalement, aucune des dispositions examinées (articles 4.83, § 1, 4.88, § 1, 4.150 et 4.153 du Code civil) n'impose ou n'énonce qu'au moment du décès le patrimoine du défunt doit être fictivement reconstitué comme s'il n'avait rien donné de son vivant³⁸. Il s'agit d'une manière didactique d'exposer l'article 4.153 du Code civil³⁹.

³⁷ J. VERSTRAETE, « Schenking van gemeenschapsgoederen en erfrechtelijke verrekening. Cassatie heeft standpunt ingenomen », note sous Cass., 7 décembre 2020, *T. Not.*, 2021/1, p. 59 ; F. PEETERS, « Le sort successoral de la donation d'un bien "commun" en présence d'une clause de partage inégal du "patrimoine commun" », *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/2, p. 572. Voy. aussi P. MOREAU, « Le traitement successoral des biens communs donnés par des époux », note sous Cass., 7 décembre 2020, *J.L.M.B.*, 2022/21, p. 930.

³⁸ Argument invoqué par les partisans de la thèse du traitement de la donation de biens communs conformément à la clé de répartition de la communauté matrimoniale, défendu notamment par M. PUELINCKX-COENE : « *dit voorhouden sluit ook perfect aan bij de basisidee dat de fictive massa er uitziet zoals het vermogen van de erflater er bij zijn overlijden zou uitgezien hebben zo hij geen schenking gedaan had* » (M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 603-605, n° 572).

³⁹ En effet, cette disposition énonce le principe de la formation d'une masse fictive (et non d'une recomposition fictive du patrimoine du défunt) dans laquelle toutes les donations consenties par le défunt sont comptabilisées. Le patrimoine du défunt est lui cliché au moment du décès ; il s'agit de l'actif sous déduction du passif. Les biens donnés en sont définitivement sortis (les donations étant par ailleurs irrévocables, excepté lorsqu'elles sont consenties au conjoint) et il n'est pas question de faire « comme si » ils y étaient encore (ce qui imposerait, d'ailleurs, une évaluation du bien donné au jour du décès, ce qui ne peut être soutenu depuis la réforme des successions. Les fruits des biens donnés devraient également être comptabilisés, lesquels auraient pu se retrouver dans le patrimoine s'il fallait raisonner « comme si » rien n'avait été donné (voy. J. VERSTRAETE, « Schenking van gemeenschapsgoederen en erfrechtelijke

La question à poser lors de la formation de la masse de calcul du disponible ou de la masse de partage est donc celle de savoir si le défunt a consenti des donations (ce qui s'apprécie au moment où la libéralité est posée) et non celle de savoir ce qu'aurait été son patrimoine à son décès s'il n'en n'avait pas consenties⁴⁰.

15. Dans la lignée de la doctrine traditionnelle, nous pensons donc que la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 décembre 2020 non seulement confère aux dispositions relatives à la réserve, à la réduction et au rapport des effets qui ne nous semblent pas être exactement ceux visés par celles-ci, mais en outre, tire des conséquences concrètes de ces articles tout en soulignant, dans le même temps, le caractère fictif des opérations qui y sont visées.

LE CARACTÈRE IRRÉVOCABLE DES DONATIONS

16. Du point de vue traditionnel, le traitement successoral « moderne » de la donation de biens communs heurte le principe général d'irrévocabilité des donations⁴¹.

Considérer que la donation doit suivre le sort du patrimoine commun, revient en effet à permettre aux seuls époux donateurs (ou au seul survivant si la clause d'attribution est optionnelle) de modifier *a posteriori* une partie des effets de la donation⁴², voire même l'identité du donateur, sachant, par ailleurs, que des époux peuvent changer leur régime matrimonial (et insérer cette clause d'attribution) postérieurement à la donation de biens communs. L'insécurité juridique est à tout le moins réelle.

17. Les « modernistes » considèrent quant à eux que l'adaptation du régime matrimonial ne peut être assimilée à une remise en question du don par le donateur, la donation ne disparaissant pas...

verrekening. Cassatie heeft standpunt ingenomen », note sous Cass., 7 décembre 2020, *T. Not.*, 2021, p. 58-59)). L'article 4.153 énonce simplement qu'en vue du calcul de la réserve et de la quotité disponible, les donations réalisées du vivant du défunt seront également comptabilisées (outre le patrimoine laissé par le défunt) pour protéger les réservataires contre les largesses du défunt. Il en va de même s'agissant du rapport. Les héritiers se partageront le patrimoine du défunt, dont le bien donné ne fait plus partie. L'objectif d'égalité poursuivi par le rapport implique cependant qu'il sera également tenu compte de la donation dans les comptes du partage.

⁴⁰ Voy. également à cet égard les arguments convaincants développés par P. MOREAU en note de bas de page 15 dans sa contribution précitée (« Le traitement successoral des biens communs donnés par des époux », note sous Cass., 7 décembre 2020, *J.L.M.B.*, 2022/21, p. 931).

⁴¹ J. VERSTRAETE, note de lecture [sur le rapport de A.-L. VERBEKE et A. VAN DEN BROECK], Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 32-39], présentée à la séance du 25 mars 2017, *CSW*, Larcier-Intersentia, 2021/2, p. 40.

⁴² Par exemple, en rendant la donation totalement dispensée de rapport si le survivant, bénéficiaire de la clause d'attribution du patrimoine commun, n'est pas le parent de l'enfant gratifié, contrairement au premier mourant (dans la succession duquel le rapport de la moitié aurait dû s'opérer en l'absence de clause d'attribution).

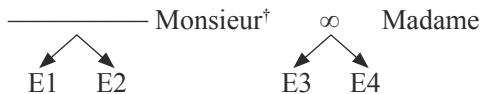
4. POINTS D'ATTENTION

18. Bien qu'elle tranche une question controversée, ce qui devrait conférer à la pratique une certaine sécurité juridique, la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 décembre 2020 risque, après la stupeur, de susciter quelques tremblements. C'est que les implications pratiques de cette décision de principe sont, potentiellement, renversantes. Tim Roovers a utilisé l'expression de « *gamechanger* »⁴³.

Les exemples et questions théoriques qui suivent l'illustrent parfaitement.

19. Ainsi, à en suivre la Cour, les héritiers pourraient, dans certaines hypothèses, être privés de leur droit au **rapport**.

Imaginons, en effet, la situation suivante :



Une donation de biens communs est consentie par Monsieur et Madame⁴⁴ à E1. Monsieur décède le premier. Une clause d'attribution de communauté a été prévue aux termes des conventions matrimoniales en telle sorte que Madame recueille, au décès de son époux, toute la communauté. E1 ne devrait rien rapporter dans la succession de son père (eu égard à la clause d'attribution) ; sa fratrie (E2, E3 et E4) ne pourra lui réclamer le rapport de la moitié de la donation consentie, en avance d'hoirie, par leur père. Cependant, E1 n'est pas, dans notre hypothèse, un enfant du conjoint survivant en telle sorte qu'il ne sera pas légalement appelé à la succession de Madame (pas plus que E2) et encore moins tenu au rapport dans celle-ci. La donation deviendrait ainsi totalement dispensée de rapport et l'enfant ne serait nullement tenu à rapport, en dépit de ce que son parent donateur n'ait aucunement exprimé une volonté de l'en dispenser.

Dans notre exemple, l'ordre des décès déterminerait à lui seul le caractère rapportable ou non de la totalité du don. Par ailleurs, même dans le contexte d'une famille non recomposée, si la donation de biens communs consentie à un des deux enfants du couple est non rapportable⁴⁵, le fait de la comptabiliser, en cas de clause d'attribution totale de communauté, pour la totalité dans la succession du conjoint survivant fait perdre à celui-ci une partie plus importante de sa quo-

⁴³ « De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 158-166.

⁴⁴ Au sujet de la donation de biens communs consentie par un seul des époux, cf. note de bas de page n° 27.

⁴⁵ Qu'en sera-t-il d'une dispense de rapport prévue aux termes d'un **testament par le survivant**, bénéficiaire de la clause d'attribution. Portera-t-elle sur toute la donation alors que le premier mourant n'aurait pas exprimé un tel souhait ?

tité disponible et le limite ainsi dans sa liberté de donner ou léguer⁴⁶ alors que par ailleurs, corrélativement, la situation peut entraîner une réduction variable dans le chef du donataire en fonction de l'importance du patrimoine du survivant considéré comme seul donateur (réduction plus ou moins importante que si les deux parents avaient chacun été considérés comme donateurs d'une moitié (voire totale ou inexistante)).

20. La position de la Cour pose également problème sur le plan de la **réduction**.

Si l'on repart de la situation exposée au point qui précède et qu'on considère qu'au décès de Monsieur, il n'existe ni biens propres ni biens communs⁴⁷, on constate que E2, non gratifié par son père, perd *a priori* tous droits dans la succession de ce dernier, en ce compris ses droits réservataires liés à la donation consentie à son frère E1. En réalité, E3 et E4 aussi, mais ils pourront les récupérer dans la succession de leur mère par le rapport. S'il s'agissait d'une donation dispensée de rapport, il se pourrait en revanche que E3 et E4 soient aussi privés de leur réserve si la donation à E1 ne dépasse pas la quotité disponible de leur mère (alors qu'elle excédait celle de leur père).

A suivre le raisonnement de la Cour en effet, la donation doit être comptabilisée totalement dans la seule succession de Madame, de sorte qu'elle ne serait pas réductible puisqu'il ne s'agirait pas d'une donation comptabilisée dans la succession de Monsieur.

L'article 2.3.58 du Code civil (1465 de l'ancien Code) ne peut servir à « sauver » les enfants du premier lit puisqu'il ne trouverait pas à s'appliquer à la donation de biens communs réalisée durant le mariage : la donation consentie est censée n'émaner que du conjoint survivant, de sorte que celle-ci échappe à la masse fictive de la succession de Monsieur.

Dans cette hypothèse, R. Barbaix a suggéré de faire abstraction de la donation consentie⁴⁸, ce qui déplace alors le problème de la réduction de la donation consentie au donataire (E1) dans le chef du conjoint survivant (Madame), lequel est alors censé, du fait de la clause d'attribution, avoir recueilli la totalité du bien donné⁴⁹.

⁴⁶ Cf. l'illustration ci-dessus : en cas de donation de biens communs à E3 (et en l'absence d'enfants E1 et E2), la quotité de Madame est amputée de la totalité de la donation consentie à E3.

⁴⁷ On pourrait s'interroger dans cette hypothèse : la clause d'attribution opère-t-elle s'il n'y a aucun bien commun ? Voy. à cet égard les thèses divergentes exposées *supra*, n° 13 et 14. On notera par ailleurs qu'en pratique, il restera toujours des biens communs (le cas échéant intégralement absorbés par le passif).

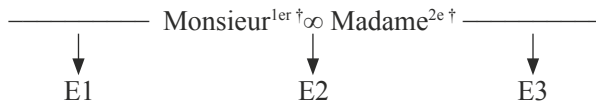
⁴⁸ R. BARBAIX, « De schenking van gemeenschapsgoederen. Hoe gebeurt de erfrechtelijke verrekening? », in W. PINTENS et C. DECLERCK (dir.), *Patrimonium 2011*, Anvers, Intersentia, 2011, p. 260-261.

⁴⁹ T. ROOVERS, « De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 164-165 qui considère que cette solution est conforme au « concept d'unité de la masse fictive » (p. 165). Il précise que les enfants (E2 dans notre exemple) devront d'abord s'adresser au conjoint survivant et, qu'en cas d'insolvabilité de ce dernier, ils devront s'adresser au(x) bénéficiaire(s) de la donation (E1 dans notre exemple) sur la base de l'article 4.156, § 2, du Code civil.

Cette solution suscite un double problème :

- le conjoint survivant subirait une réduction qui pourrait s'avérer supérieure à ce qu'il recueille concrètement lui-même dans le patrimoine commun au décès⁵⁰ ;
- le fait que la réduction devrait être subie par le conjoint survivant avantagerait E1 et désavantagerait Madame (ainsi que, indirectement, ses futurs héritiers E3 et E4...).

21. Les deux difficultés qui précèdent (à propos du rapport et de la réduction) peuvent être illustrées par l'exemple chiffré qui suit :



Monsieur et Madame, mariés sous un régime de communauté avec attribution de la communauté au survivant, donnent 1.000.000 euros (communs) à E2 la veille du décès de Monsieur. Madame décède le lendemain du décès de Monsieur. Ni Madame ni Monsieur ne laissent quoi que ce soit à leur décès. Tous acceptent les successions purement et simplement.

	Thèse traditionnelle	Thèse moderne (+ « correctif »)
Au † de Mr, quels sont les droits de E1 ?	E1 peut solliciter le rapport de la ½ de la donation de 1.000.000 : E1 peut prétendre à 250.000 à charge de E2 . Si la donation est non rapportable, E1 peut réclamer sa réserve et solliciter à charge de E2, une réduction à concurrence de 125.000	E1 ne peut rien réclamer à E2 car la donation est censée avoir été consentie par Madame seule. « correctif »: R. Barbaix (suivie par T. Roovers) suggère que dans cette hypothèse, il soit fait abstraction ⁵¹ de la donation et que E1 puisse à charge de Madame sa part de la réserve globale de 250.000, soit 125.000 .
Au † de Mme, quels sont les droits de E3 ?	E3 peut solliciter le rapport de la ½ de la donation de 1.000.000 : E3 peut prétendre à 250.000 à charge de E2 . Si la donation est non rapportable, E3 peut réclamer sa réserve et solliciter à charge de E2, une réduction à concurrence de 125.000	E3 peut solliciter le rapport de la totalité de la donation de 1.000.000 (censée consentie par Madame seule) : E3 peut prétendre à 500.000 à charge de E2 . Si la donation est non rapportable, E3 peut réclamer sa réserve et solliciter à charge de E2, une réduction à concurrence de 250.000

⁵⁰ Tim ROOVERS, tout en défendant cette solution d'un point de vue juridique, reconnaît que celle-ci est susceptible d'avoir un « arrière-goût amer financièrement et émotionnellement ». Il recommande dès lors, dans ce contexte de famille recomposée, d'anticiper ce risque et de prévoir dans les conventions matrimoniales une imputabilité de la donation de biens communs à concurrence de moitié dans la succession du prédécédé... (« De primauteit van het huwelijksvermogensrecht bevestigd: een gamechanger », note sous Cass., 7 décembre 2020, *Not. Fisc. Maand.*, 2021/5, p. 165).

⁵¹ Cf. *supra* n° 20 et les notes de bas de page n° 48 en 49.

	Thèse traditionnelle	Thèse moderne (+ « correctif »)
À l'issue de la liquidation des deux successions, qui a combien selon chacune des thèses en présence ?	E1 = 250.000 (ou 125.000 si don non rattachable) E2 = 500.000 (ou 750.000 si don non rattachable) E3 = 250.000 (ou 125.000 si don non rattachable) Total : 1.000.000	E1 = 125.000 à charge de <u>Madame si on retient le « correctif »</u> E2 = 500.000 (ou 750.000 si don non rattachable) E3 = 500.000 (ou 250.000 si don non rattachable) Conclusion : avec le « correctif », ce sont 1.125.000 qui doivent être répartis, soit plus que le montant donné ! Sans le « correctif » (en suivant les enseignements de la Cour de cassation), en est purement et simplement privé de réserve.

22. Une difficulté se pose également au niveau de **l'indexation de la donation** du bien commun si cette dernière est intégralement prise en compte dans la succession du second mourant⁵².

Que ce soit dans la masse de calcul du disponible ou dans la masse de partage, les donations sont, en principe et sauf exception, comptabilisées pour leur valeur au jour de la donation, indexée jusqu'au décès du donateur (art. 4.90 du Code civil).

Conformément à la thèse consacrée par la Cour de cassation, la valorisation de la donation en vue du rapport ou de la réduction devrait avoir lieu au moment du décès du survivant⁵³. L'indexation de la totalité de la donation à ce moment génère une valorisation de la donation (potentiellement bien) plus importante que l'indexation que subirait le donataire en l'absence de clause d'attribution du patrimoine commun au dernier vivant, puisque la moitié de la donation serait indexée au décès du premier mourant, seule l'autre moitié étant indexée au décès du dernier vivant.

23. L'on peut également s'interroger sur l'effet d'une **clause de retour conventionnel** : est-ce la totalité de la donation qui devra faire retour au survivant des donateurs (bénéficiaire de la clause d'attribution), si le donataire décédait après le premier mourant mais avant le survivant des époux ?

⁵² Ce point a également été soulevé par Ph. DE PAGE, « Un regard complémentaire, sans ou avec doute ? », note sous Cass., 7 décembre 2020, *T. Not.*, 2021, p. 66.

⁵³ C. DECLERCK, J. VERSTRAETE et B. VERDICKT, « Ontwerp van conclusie. Erfrechtelijke verkenning van schenkingen van gemeenschapsgoederen », projet de conclusion sur les dossiers réunis 4414 et 4415, à paraître.

24. La question de l'existence d'un **usufruit successif** doit également être posée : la réserve d'usufruit stipulée à son profit par le donateur prémourant fait en principe naître, au décès de celui-ci, un usufruit successif au profit du donateur survivant. Mais si le donateur survivant est considéré comme étant l'unique donateur, pour le tout, de la donation de biens communs, il ne saurait être question d'un usufruit successif... on devrait donc le considérer comme seul donateur, qui se serait réservé tout l'usufruit.

25. Qu'en sera-t-il des **vices propres à un seul des deux donateurs** mariés en communauté avec clause d'attribution du patrimoine commun au survivant ?

Imaginons que le premier mourant n'ait pas disposé d'un consentement renforcé au moment de la réalisation de la donation : ce vice pourra-t-il être soulevé dans le cadre la liquidation-partage de sa succession alors que la donation n'y est pas comptabilisée ? Les héritiers auraient-ils un intérêt à agir ? La demande ne serait-elle pas sans objet ?

Ce vice pourrait-il alors être invoqué dans le cadre de la seconde succession ? À nouveau, les héritiers du donateur prémourant auraient-ils un intérêt à agir ? Leur demande ne serait-elle pas sans objet ?

La donation sera-t-elle ainsi « validée » au motif que le conjoint survivant disposait, lui, d'un consentement éclairé et que la donation est uniquement envisagée dans sa succession ?

26. La même question se pose à propos de **l'ingratitude** subie par un des époux donateurs, avec la particularité que cette ingratitude sera sans doute soulevée par l'époux victime de l'ingratitude, de son vivant (à la différence d'un défaut de consentement renforcé qui bien souvent n'est soulevé qu'après le décès de l'époux dont le consentement a été vicié, par ses héritiers).

Si cette ingratitude est soulevée du vivant des époux donateurs, elle le sera, par l'époux victime, à concurrence de la moitié. Qu'en sera-t-il si celui-ci venait à décéder en cours d'instance ?

Faudra-t-il considérer que la demande deviendrait « sans objet » au motif que la communauté échoit au survivant et que, dès lors, la donation n'interviendrait pas dans la succession du prémourant ? N'y aurait-il dès lors aucune reprise d'instance possible pour ses héritiers ?

À l'inverse, qu'en serait-il en cas de prédécès de l'époux non-victime d'ingratitude ? L'époux survivant pourra-t-il étendre sa demande et poursuivre la résolution pour ingratitude de la totalité de la donation puisque celle-ci tombera pour le tout dans sa (future) succession ?

27. Enfin, comment le raisonnement de la Cour sera-t-il appliqué **sur le plan fiscal** ?

Si la donation de biens communs (pour laquelle aucun droit de donation n'aurait été payé) a été consentie moins de trois/cinq ans avant le décès du premier conjoint, **l'article 7** du Code des droits de succession bruxellois/wallon (art. 2.7.1.0.5, § 1, C.F.F.) va-t-il trouver application pour la moitié de la donation ?

La donation va-t-elle, au contraire, échapper totalement à l'impôt en présence d'une clause d'attribution de la communauté si le décès du second époux intervient plus de trois/cinq ans après la donation, considérant que c'est uniquement dans sa succession que la donation doit être envisagée ?

Quid également de la **taxation (en Flandre) de l'usufruit successif...** inexistant⁵⁴ ?

La même question peut être soulevée à propos d'une **donation avec charge de rente en faveur du conjoint survivant**. Ladite charge, considérée traditionnellement comme stipulée par le premier mourant en faveur d'un tiers (le survivant), et dès lors taxable dans le chef de ce dernier, sera-t-elle finalement considérée comme stipulée par le donateur survivant, en sa faveur à lui (puisque'il devrait être considéré pour le tout comme seul donateur), échappant de la sorte à la taxation ?

28. Beaucoup de questions auxquelles nous n'avons pas de réponse.

Une certitude toutefois : l'arrêt de la Cour de cassation marque une (r)évolution qui suscitera encore de nombreux débats, notamment sur des points sans doute passés en partie inaperçus malgré leurs enjeux non négligeables.

Les difficultés ci-dessus visées peuvent bien sûr être anticipées par un public avisé, en prévoyant (le cas échéant par une modification des conventions matrimoniales) que la clause relative à la répartition de la communauté ne porte que sur les biens composant celle-ci au moment du décès du premier des époux. Le recours au pacte successoral peut également être envisagé mais pourrait s'avérer plus problématique dans certaines situations.

À défaut d'anticipation, il appartiendra aux plaideurs (civilistes et fiscalistes) d'obtenir des juridictions les clarifications requises pour certaines situations particulières.

⁵⁴ Cf. *supra* n° 24.

DÉLIVRER UN ACTE D'HÉRÉDITÉ AVANT L'EXERCICE DE L'OPTION HÉRÉDITAIRE ? RÉFLEXIONS – PROPOSITIONS DE CLAUSES

Frédéric LALIÈRE

1. L'article 4.59 du Code civil, fondement légal de l'acte et du certificat d'hérédité, issu de la loi de recodification du 19 janvier 2022¹ entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2022, a d'ores et déjà été modifié de façon substantielle par la loi du 30 juillet 2022².

Les travaux préparatoires de cette dernière législation nous indiquent que la volonté du législateur est de transformer en profondeur la nature même de l'acte d'hérédité.

Lors de son adoption par la loi du 28 juin 2009³, l'article 1240*bis* de l'ancien Code civil, intégré dans le chapitre « Du paiement » en droit des obligations, n'avait strictement pour objet que de conférer à l'acte d'hérédité une portée libératoire, plus précisément de sécuriser la libération des avoirs par les débiteurs du défunt. L'objectif du législateur du 30 juillet 2022 est de conférer une nouvelle fonction, plus large, à la disposition légale, à savoir définir un « régime général de la preuve de la dévolution ou de l'attribution de la succession, de la preuve de toute qualité successorale »⁴.

La transformation fonctionnelle de l'acte d'hérédité est tout à fait spectaculaire, d'autant que la fonction probatoire de celui-ci n'avait été introduite que par la loi de recodification du 19 janvier 2022, précitée, l'amendement n° 64 ayant ajouté

¹ Loi du 19 janvier 2022 portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » du Code civil et le livre 4, « Les successions, donations et testaments » du Code civil, *M.B.*, 14 mars 2022, p. 19772. La disposition est reprise de l'article 1240*bis* de l'ancien Code civil.

² Loi du 30 juillet 2022 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II, *M.B.*, 8 août 2022, p. 61540.

³ Loi du 28 juin 2009 modifiant le Code civil et le Code des droits de succession en ce qui concerne le paiement libératoire effectué dans le cadre d'une succession et la mise d'un certain montant à la disposition du conjoint ou cohabitant légal survivant, *M.B.*, 21 août 2009, p. 56065.

⁴ *Doc.*, Ch., s.o., 2021-2022, n° 55-2774/001, p. 35 ; *Doc.*, Ch., s.o., 2021-2022, n° 55-2774/004, p. 23. Nous partageons toutefois l'opinion du Professeur Barnich, pour qui la portée conférée par la loi nouvelle à l'acte d'hérédité est beaucoup plus fondamentale que simplement probatoire. L'acte et le certificat d'hérédité sont en réalité *constitutifs de droits* dans le chef des tiers qui traitent avec les personnes qui y sont désignées comme étant les ayants droit du *de cuius*, à savoir un paiement libératoire dans le chef du débiteur du défunt et une « usucapion instantanée » dans le chef du tiers acquéreur de biens successoraux : voy. L. BARNICH, « L'acte d'hérédité à destination immobilière », in L. BARNICH et M. VAN MOLLE (dir.), *Évolutions récentes du droit patrimonial de la famille. Réformes, jurisprudence et codification*, Limal, Anthemis, 2023, p. 183.

un § 6 à l'article 4.59 dans le but de conférer à l'acte ou au certificat d'hérédité une fonction probatoire⁵. Celle-ci est désormais devenue fondamentale.

La grande innovation⁶ de la disposition nouvelle est que l'acte ou le certificat d'hérédité pourra désormais être établi et délivré à la demande de *tout* légataire, que celui-ci soit un légataire universel, à titre universel⁷, ou à titre particulier⁸.

Tout légataire pourra désormais requérir d'un notaire la rédaction d'un acte d'hérédité, même s'il n'a pas encore exercé son option héréditaire⁹.

Plus encore, tout légataire pourra désormais requérir d'un notaire la rédaction d'un acte d'hérédité, même s'il n'a pas encore requis la délivrance de son legs ou son envoi en possession¹⁰.

2. La présente contribution a pour objet d'étudier l'hypothèse dans laquelle un notaire est requis de dresser un acte d'hérédité alors même que le requérant n'a pas encore exercé son option héréditaire. Le législateur a en effet fait clairement le départ entre l'acte d'hérédité, d'une part, et l'acceptation de la succession, d'autre part. En d'autres termes, il ne faut pas avoir exercé l'option héréditaire pour pouvoir requérir l'établissement à son profit d'un acte d'hérédité.

L'article 4.59 dispose à ce titre ::

« § 1^{er}. Toute personne appelée à la succession en tant que successible¹¹, ou y ayant la qualité d'héritier, ou encore en tant que légataire particulier, peut prouver cette qualité en présentant un acte ou un certificat d'hérédité.

[...]

§ 4. Dans la mesure requise par la loi, l'acte ou le certificat d'hérédité mentionne les données suivantes, pour autant qu'elles aient pu raisonnablement être déterminées :

[...]

⁵ Amendement n° 64, *Doc.*, Ch., s.o., 2020-2021, n° 55-1272/004, p. 90.

⁶ Voy. sur le sujet Fr. LALIÈRE, « Le légataire face à l'acquisition de la propriété, à la délivrance, à la réserve en valeur et à l'acte d'hérédité », in F. BODSON *et al.*, *Le « nouveau » testament. Le testament sous ses nouvelles facettes*, coll. ALN, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 203-224.

⁷ Art. 4.59, § 2, al. 1^{er}, qui renvoie au § 1^{er}. L'article 4.2 du Code civil dispose désormais que les *successibles* peuvent l'être, non seulement en vertu de la loi, mais également par la volonté de l'homme, pour autant qu'ils aient alors une vocation à l'universalité.

⁸ Art. 4.59, § 2, al. 1^{er}, qui renvoie au § 1^{er}, al. 1^{er}, où le légataire à titre particulier est expressément mentionné.

⁹ Art. 4.59, § 4, al. 1^{er}, 2^o.

¹⁰ Art. 4.59, § 4, al. 1^{er}, 4^o.

¹¹ C'est nous qui soulignons.

2° pour les personnes mentionnées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} : si, et le cas échéant comment et quand ils ont exercé leur option héréditaire, l'étendue de leur part héréditaire, la description des biens qui leur reviennent, la nature de leurs droits et les restrictions à l'exercice de leurs droits en raison de leur incapacité, d'une mesure de protection ou d'une disposition testamentaire ; »

3. La disposition légale confère au notaire le pouvoir d'établir un acte d'hérédité, alors même que la personne qui requiert celui-ci n'a pas encore accepté la succession.

L'outil doit cependant, selon nous, être manié avec précaution. Avant d'accepter de dresser un acte d'hérédité antérieurement à l'exercice de son option héréditaire par le requérant, Il importe surtout d'examiner la *finalité* pour laquelle l'acte d'hérédité doit être dressé.

Nous croyons pouvoir déterminer quatre ordres de finalités de l'acte d'hérédité :

1. La finalité immobilière ;
2. La finalité libératoire ;
3. La finalité informative ;
4. La finalité judiciaire ;

Selon la finalité souhaitée pour l'établissement de l'acte d'hérédité, l'attitude du notaire doit selon nous être nuancée.

A. EST-IL OPPORTUN DE DRESSER UN ACTE D'HÉRÉDITÉ À FINALITÉ IMMOBILIÈRE AVANT L'EXERCICE DE SON OPTION HÉRÉDITAIRE PAR LE REQUÉRANT ?

4. Nous ne le pensons pas.

L'article 3.30, § 1^{er}, 7^o, du Code civil dispose qu'il faut transcrire dans les registres de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale :

« Les actes d'hérédité constatant qu'une personne a acquis un droit réel immobilier pour cause de mort ; »

En d'autres termes, l'acte d'hérédité à finalité immobilière implique que le droit réel immobilier ait été *acquis*, c'est-à-dire que la personne qui requiert l'établissement de l'acte d'hérédité doit avoir nécessairement accepté l'hérédité *au plus tard au moment* de la rédaction de celui-ci¹².

¹² Dans le même sens : Chr. DE WULF, « Inleiding tot het nieuwe goederenrecht », *T. Not.*, 2020, p. 690-815, n° 20 ; L. BARNICH, « L'acte d'hérédité à destination immobilière », *op. cit.*, p. 189.

Dans la plupart des cas, l'acte d'hérédité à finalité immobilière sera de toute façon requis par un héritier ou un légataire qui souhaite aliéner un bien successoral dans la mesure où l'article 3.30, § 2, alinéa 2, *in fine*, du Code civil¹³ dispose que le transfert d'un bien immobilier nécessite la transcription préalable¹⁴ d'un acte d'hérédité à finalité immobilière.

Le devoir d'information du notaire implique dès lors que celui-ci informe le successible qui n'a pas encore opté qu'il doit accepter la succession, selon les modalités prévues par la loi, au plus tard au moment de la rédaction de l'acte d'hérédité. Bien que celui-ci ne soit pas un acte juridique, rien n'empêche qu'il en contienne un, tel que l'exercice d'une option héréditaire, ou encore la délivrance de legs¹⁵.

L'acceptation, pure et simple ou bénéficiaire, ne doit pas nécessairement être actée *dans* l'acte d'hérédité à finalité immobilière, mais le notaire instrumentant doit néanmoins, selon nous, se réserver la preuve qu'il a bien informé le successible de son obligation d'exercer l'option pour pouvoir obtenir l'acte d'hérédité à finalité immobilière.

5. Le notaire pourra aisément motiver son refus de dresser l'acte d'hérédité en se fondant sur le prescrit de l'article 4.59, § 5, du Code civil :

« Le notaire ou le bureau de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale peuvent refuser toute remise d'acte ou de certificat d'hérédité si les pièces présentées par la partie intéressée requérante, les déclarations faites et les recherches effectuées ne leur permettent pas de constater avec certitude les données qui sont requises par le paragraphe 3 ou qui sont requises conformément au paragraphe 4 en raison des finalités pour lesquelles l'acte ou le certificat devrait être délivré. »

¹³ Art. 3.30, § 2, al. 2, *in fine*, du Code civil : « En outre, un acte ou une décision judiciaire constitutif, translatif ou déclaratif d'un droit réel immobilier peut uniquement être transcrit dans les registres du bureau compétent de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale si un acte d'hérédité désignant le disposant ou un acte de partage a été transcrit ».

¹⁴ L'adjectif « préalable », ou tout autre synonyme, n'apparaît pas dans le texte légal, de sorte que l'acte d'hérédité peut parfaitement être intégré à l'acte de vente des biens successoraux. Nous ne pensons pas qu'il faille faire la part belle à la pusillanimité en ajoutant des conditions qui ne sont pas elles-mêmes requises par la loi.

¹⁵ Rappelons que si l'acte d'hérédité à finalité doit s'assurer que le legs a fait l'objet d'une acceptation, il n'en va pas de même de la délivrance de celui-ci. En effet, la délivrance des legs ne concerne rigoureusement que la transmission de la *possession* de ceux-ci, et non pas la transmission de la propriété. Un légataire est propriétaire de l'objet de son legs dès l'instant du décès du testateur, et peut confirmer son droit de propriété par l'acceptation, sans pour autant en avoir requis la délivrance. Or, l'acte d'hérédité concerne bien la transmission de la propriété du legs, et non celle de sa possession. En d'autres termes, conditionner la rédaction de l'acte d'hérédité à la demande en délivrance du legs consenti revient à commettre une erreur de droit.

C'est d'ailleurs précisément muni de son acte d'hérédité que le légataire pourra actionner judiciairement l'héritier en délivrance de son legs.

Cette disposition offre un outil de premier plan au notaire requis de dresser un acte d'hérédité et qui ne souhaite pas y procéder.

Dans l'hypothèse envisagée, nous conseillons au notaire requis d'adresser au requérant un courrier recommandé avec accusé de réception mentionnant le texte suivant :

« *Cher (...),*

Vous m'avez requis de dresser l'acte d'hérédité à finalité immobilière relatif à la succession de (...), décédé à (...) le (...). Toutefois des déclarations que vous m'avez faites, il ressort que vous n'avez pas à ce jour accepté, de façon bénéficiaire ou pure et simple, la succession dont question. Aussi, je me vois contraint de refuser de dresser l'acte d'hérédité requis, par application de l'article 4.59, § 5, du Code civil, dans la mesure où la finalité immobilière que vous souhaitez conférer à l'acte d'hérédité implique nécessairement que vous ayez acquis le droit réel immobilier pour cause de mort, c'est-à-dire que vous ayez accepté la succession du défunt. Tant que vous n'aurez pas exercé votre option héréditaire en ce sens, je serai malheureusement contraint de refuser d'établir l'acte d'hérédité requis pour cette finalité.

[...] »

B. EST-IL OPPORTUN DE DRESSER UN ACTE D'HÉRÉDITÉ À FINALITÉ LIBÉRATOIRE AVANT L'EXERCICE DE SON OPTION HÉRÉDITAIRE PAR LE REQUÉRANT ?

6. La réponse est, en principe, négative.

Il s'agit ici de la fonction originelle de l'acte d'hérédité, qui avait érodé une première fois la saisine héréditaire par l'insertion de l'article 1240*bis* dans l'ancien Code civil en 2009 en ne permettant plus aux successibles la prise de possession immédiate des avoirs du défunt, mais en exigeant qu'un débiteur de bonne foi ne puisse payer sa dette que sur production d'un tel acte¹⁶.

Lorsqu'un successible requiert l'établissement d'un acte d'hérédité aux fins de pouvoir obtenir d'un débiteur d'avoirs successoraux la libération de ceux-ci, il

¹⁶ FR. LALIÈRE, *Le mort saisit le vif. De la saisine héréditaire au droit réel de possession*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 522, n° 415. Notons que la saisine héréditaire a subi une seconde érosion par l'effet des articles 157 à 164 de la loi-programme du 29 mars 2012 et les articles 20 à 23 et 35-36 de la loi-programme du 22 juin 2012 ayant instauré, dans les transmissions successorales, le système des notifications en matière fiscale et en matière sociale analogue aux notifications fiscales en matière de mutations immobilières et d'hypothèques. Les notifications sociales et fiscales ont pour effet d'entraîner le blocage des avoirs successoraux jusqu'à l'acquittement des dettes sociales et fiscales notifiées.

pose en principe un acte d'adition d'hérédité par la présentation de celui-ci à ce débiteur. C'est la raison pour laquelle les notaires n'ont pas pris l'habitude de faire comparaître les successibles pour accepter la succession préalablement à l'émission d'un acte ou d'un certificat d'hérédité destiné à la libération des avoirs du *de cuius*¹⁷.

7. Le propos doit toutefois être nuancé.

Il nous paraît que le notaire doit interroger le requérant sur son intention lorsqu'il demande la libération à son profit des avoirs du défunt. Forme-t-il cette demande parce qu'il se considère propriétaire de ces avoirs successoraux et qu'il souhaite les utiliser à ce titre ? Ou, au contraire, ne demande-t-il la libération des avoirs successoraux que pour payer une dette successorale à titre conservatoire, dans le but d'éviter l'hémorragie des intérêts moratoires ?

Le paiement d'une dette successorale par le successible peut tout aussi bien constituer un acte de disposition emportant acceptation tacite qu'un acte d'administration provisoire qui n'emporte nullement acceptation tacite de l'hérédité, conformément au prescrit de l'article 4.41, § 4, du Code civil¹⁸.

En effet, la loi ne présume pas davantage l'acceptation que la renonciation¹⁹. Dès lors, c'est à celui qui se prévaut de l'acceptation tacite à prouver que le successible avait bien la volonté réelle d'accepter la succession lorsqu'il a accompli l'acte litigieux. Il appartient au magistrat d'examiner chaque espèce avec circonspection et de dégager des circonstances de l'accomplissement de l'acte l'intention réelle du successible.

Un même acte peut donc à la fois appartenir aux deux catégories. Comment dès lors faire la part des choses, si ce n'est par le seul critère de l'intention ? Le raisonnement à tenir pour déterminer s'il y a eu acceptation tacite doit être un raisonnement par élimination. La seule et unique question que doit se poser le magistrat face à un acte accompli par un successible est la suivante : dans le cas d'espèce qui est soumis, cet acte aurait-il pu être posé dans une autre intention que celle d'accepter la succession ?

S'il peut répondre par l'affirmative, si l'acte peut s'expliquer d'une autre manière que par la volonté d'accepter la succession, selon les circonstances de l'espèce, alors il n'y a pas eu acceptation tacite. Le législateur n'a jamais entendu « prendre au piège » le successible en lui imposant la propriété d'une succession

¹⁷ L. BARNICH, « L'acte d'hérédité à destination immobilière », *op. cit.*, p. 189.

¹⁸ Fr. LALIÈRE, *Option héréditaire*, coll. R.P.D.B., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 48-49, n° 52 et p. 52-53, n° 54.

¹⁹ Ch.-M. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IX, Paris, Dalloz, 1935, § 613, note 8 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 473, n° 625.

qu'il ne voulait pas accepter. En ce sens, l'acte en lui-même ne saurait jamais valoir acceptation tacite.

Il n'existe donc pas, à proprement parler, d'actes valant par nature acceptation tacite. Ne constitue un acte d'acceptation tacite que celui qui ne peut s'interpréter autrement au regard de l'intention de son auteur. Ce n'est *donc pas la nature de l'acte posé* qui est déterminante dans l'appréciation de l'acceptation tacite, mais exclusivement *l'interprétation de l'intention* qui l'a motivé²⁰.

Songons à l'hypothèse – fréquente en pratique – d'un successible confronté au bailleur du *de cuius* dans le cadre d'une dette de loyers impayés de dix-huit mensualités. Le successible sait que le défaut de paiement de la dette de loyers génère des intérêts moratoires importants dont il souhaite à tout prix arrêter le cours. Toutefois, il est toujours occupé à reconstituer la masse successorale aux fins d'étudier l'opportunité d'exercer son option dans tel ou tel sens. Dans cette hypothèse, on peut parfaitement comprendre le souhait du successible de mobiliser des liquidités successorales pour payer la dette de loyers, à titre strictement conservatoire, sans pour autant que le paiement de cette dette successorale puisse être regardée comme un acte d'addition d'hérédité emportant acceptation tacite.

La demande d'un successible d'obtenir un acte d'hérédité lui permettant de libérer une partie des avoirs successoraux pour payer une dette successorale urgente, à titre conservatoire et sans que cela puisse être interprétée comme un acte d'addition d'hérédité, semble dès lors tout à fait légitime.

Dans cette hypothèse, le notaire ne pourra refuser son ministère, et son rôle devient absolument fondamental car il lui appartient de rédiger avec précision la finalité pour laquelle il délivre l'acte d'hérédité.

Nous suggérons le modèle de clause suivant :

« Le présent acte d'hérédité est délivré en vue de la libération des avoirs successoraux, conformément à l'article 4.59, alinéa 3, du Code civil. Toutefois, la libération des avoirs successoraux ne peut être que partielle et limitée à un exact montant de (...). L'objectif de la libération des avoirs est ici de permettre à (...), successible du défunt au sens de l'article 4.2, alinéa 1^{er}, du Code civil (ou légataire à titre particulier²¹ qui n'a pas accepté à ce jour le legs à lui dévolu), de payer une dette successorale urgente, à titre conservatoire au sens de l'article 4.41, § 4, du Code civil.

²⁰ Fr. LALIÈRE, *Option héréditaire*, op. cit., p. 40, n° 39.

²¹ Il faut désormais distinguer le successible du légataire à titre particulier qui n'a pas opté, dans la mesure où l'article 4.2 du Code civil rassemble sous le vocable « successible » tant l'héritier légal que le légataire universel ou à titre universel. Pour le législateur, le légataire à titre particulier n'est dès lors pas un successible.

La production et l'utilisation du présent acte d'hérédité, ainsi que le paiement de la dette successorale prédécrite, ne peuvent en aucune manière être interprétés comme des actes valant acceptation tacite de la succession, au sens de l'article 4.41, § 3, du Code civil. M/Mme (...), successible (ou légataire à titre particulier qui n'a pas accepté à ce jour le legs à lui consenti), se réserve expressément l'exercice de son option héréditaire. »

8. En cas d'incertitude quant à la dévolution, le réflexe salutaire de principe est de s'abstenir de dresser l'acte d'hérédité, à tout le moins lorsqu'il a une finalité immobilière ou libératoire.

Autant la règle nous paraît-elle intangible en matière d'actes d'hérédité à finalité immobilière²², autant doit-elle être nuancée en matière d'actes d'hérédité à finalité libératoire. Une fois encore, si l'acte d'hérédité à finalité libératoire n'est destiné qu'à libérer les avoirs successoraux suffisants pour apurer une dette successorale à titre conservatoire au sens de l'article 4.41, § 4, du Code civil, aucune raison juridique ne nous paraît devoir s'opposer à la délivrance de l'acte. Dans les cas les plus fréquents cependant, la libération des avoirs successoraux s'exerce au profit d'une personne qui se considère comme propriétaire de ceux-ci, la production et l'utilisation de l'acte agissant dans ce cas comme un acte d'adition d'hérédité. Le notaire doit alors, nous semble-t-il, refuser de délivrer l'acte, au risque d'être considéré comme ayant pris part au conflit ou comme s'étant octroyé un pouvoir décisionnel alors que la dévolution était incertaine.

C. EST-IL OPPORTUN DE DRESSER UN ACTE D'HÉRÉDITÉ À FINALITÉ JUDICIAIRE AVANT L'EXERCICE DE SON OPTION HÉRÉDITAIRE PAR LE REQUÉRANT ?

9. La réponse est, en principe, également négative.

En effet, l'introduction d'une action en justice est généralement considérée comme un acte d'adition d'hérédité :

- l'action en partage mue par le successible²³, sauf si celui-ci est par ailleurs légataire et agit exclusivement à ce titre ;
- l'action en réduction mue par un réservataire.²⁴ Selon le tribunal civil de Bruxelles, l'introduction de l'action vaut acceptation tacite « quand bien même le successible s'en désisterait après l'avoir intentée »²⁵ ;

²² Dans le même sens : L. BARNICH, « L'acte d'hérédité à destination immobilière », *op. cit.*, p. 190.

²³ Liège, 7 juillet 1998, *R.R.D.*, 1998, p. 297.

²⁴ Bruxelles, 4 janvier 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1543 ; Civ. Gand, 26 mai 1943, *Rev. prat. not.*, 1948, p. 358.

²⁵ Civ. Bruxelles, 11 juin 1969, *Pas.*, 1970, III, p. 69. On retrouve ici la prépondérance du critère de la volonté sur celui de l'effectivité de l'acte.

- l'action en pétition d'hérédité ;
- la demande d'envoi en possession²⁶ ;
- la demande en déclaration d'indignité dirigée contre un autre successible ;
- la reprise d'une instance initiée par le défunt²⁷.

Le rôle du notaire est de plus en plus souvent sollicité au stade de l'introduction d'une action judiciaire, dans la mesure où les magistrats requièrent de manière quasi systématique un acte d'hérédité démontrant la dévolution.

Le devoir d'information du notaire est dès lors fondamental dans la mesure où il va devoir établir l'acte d'hérédité qui permettra à l'héritier de faire recevoir son action judiciaire par le magistrat. Ce dernier doit être informé que l'introduction ou la poursuite de l'action judiciaire qu'il envisage, en qualité de demandeur, de défendeur, ou dans le cas d'une reprise d'instance, sera généralement interprétée comme valant acceptation tacite de la succession. Il vaut mieux dès lors que le notaire puisse démontrer qu'il a rempli son devoir d'information en faisant accepter la succession, sous bénéfice d'inventaire ou purement et simplement, aux termes de l'acte d'hérédité lui-même.

La difficulté est que l'exercice de l'option peut s'avérer très délicat et que le notaire doit, préalablement au conseil qu'il va donner au successible, s'entourer de toutes les informations nécessaires pour s'assurer qu'une acceptation est bénéfique à celui-ci. Tant que ce conseil ne pourra pas être donné, le notaire devra refuser, nous semble-t-il, d'établir l'acte d'hérédité sur pied de l'article 4.59, § 5, du Code civil.

10. Le propos doit, ici aussi, être nuancé.

La jurisprudence nous fournit elle-même un exemple intéressant d'introduction d'une action judiciaire qui n'emporte pas acceptation tacite de l'hérédité.

Madame L.D., célibataire et sans descendance, décède le 27 décembre 2011. Aux termes d'un testament authentique du 7 février 2002, elle institue Ph.D., son neveu, en qualité de légataire universel de sa succession.

Entre la rédaction du testament précité et son décès, Madame L.D. réalise la quasi-totalité des immeubles qu'elle possédait et, plus particulièrement, par acte notarié du 21 septembre 2009, vend à un autre neveu, J.D., la nue-propriété d'un ensemble de biens pour le prix de 276.872 €, payable au moyen de rentes viagères mensuelles de 3.842,15 €.

J.D. ne verse que la première mensualité de rente viagère.

²⁶ Civ. Ypres, 19 février 1990, *Rec. gén.*, 1990, n° 23864, p. 260.

²⁷ Pol. Bruges, 25 septembre 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 1513.

Au regard de l'énormité du manquement contractuel de J.D., la résolution pure et simple du contrat de vente s'impose, sur pied de l'article 1184 de l'ancien Code civil.

Toutefois, l'introduction d'une action en résolution de la vente, impliquant en principe acceptation préalable, tacite mais certaine de son legs universel par Ph.D., pourrait s'avérer dangereuse à ce stade, par application combinée des articles 11 et 70, alinéa 2, du Code des droits de succession. En effet, J.D., l'acquéreur, qui n'a versé qu'une seule mensualité de rente, pourrait être réputé légataire par l'administration fiscale par application de l'article 11 du Code des droits de succession, et à ce titre débiteur de droits de succession relatifs aux biens objets du contrat de vente.

Or, en vertu de l'article 70, alinéa 2, du Code des droits de succession, Ph.D., en sa qualité de légataire universel, serait tenu d'une solidarité avec J.D. à l'égard de l'administration fiscale, et pourrait à ce titre devenir débiteur de droits de succession relatifs à un bien dont il n'aura jamais vu la matérialité ni le produit de réalisation dans son patrimoine.

De surcroît, une acceptation sous bénéfice d'inventaire ne serait en l'espèce d'aucune utilité, dans la mesure où l'impôt successoral constitue une dette propre de l'héritier, et non une dette de la masse.

Au regard de ces considérations, Ph.D. agit non pas en qualité de légataire universel, mais en qualité de successible bénéficiant de plein droit de la saisine héréditaire. Il n'a pas exercé son option héréditaire, et s'attelle pour l'heure à reconstituer la masse successorale, réduite à peau de chagrin, afin d'estimer si son intérêt réside dans une acceptation de la succession ;

Aussi, Ph.D. introduit l'action en résolution de la vente immobilière, non pas en une qualité de légataire universel qu'il n'a pas encore acceptée, mais sur la base de la saisine héréditaire dont il bénéficie de plein droit en vertu du prescrit de l'article 1006 de l'ancien Code civil. Institué légataire universel par testament authentique, en l'absence d'héritiers réservataires, Ph.D. est un successible saisi de l'hérédité, et dispose à ce titre des droits et actions²⁸ de la défunte, dont notamment l'action en résolution de la vente du chef de défaut de paiement de l'acquéreur, cocontractant de celle-ci.

Par jugement contradictoire prononcé le 25 mai 2016, le Tribunal de première instance du Hainaut, Division Mons, déclare l'action de Ph.D. re-

²⁸ Comme le précise *expressis verbis* l'article 724 de l'ancien Code civil.

cevable sur le fondement de la saisine héréditaire dont il dispose en vertu de l'article 1006 de l'ancien Code civil²⁹.

La décision doit ici être saluée, et est conforme à la doctrine du *Répertoire notarial*, qui enseigne : « Dans le système du Code civil, le mot "saisine" n'est usité que pour caractériser la transmission de la possession qui se fait de plein droit au profit des héritiers légitimes. La saisine est l'investiture légale et de plein droit de la possession des biens de la succession, qui s'opère au profit de l'héritier, dès l'ouverture de la succession à son profit. La saisine est accordée par l'article 724 du Code civil aux héritiers légitimes, au conjoint survivant et aux héritiers naturels. La saisine permet à l'héritier d'accomplir sur les biens de la succession tous les actes d'usage et de jouissance qu'implique la possession. De manière générale, **la saisine héréditaire confère à l'héritier saisi l'aptitude à exercer toutes les actions en justice du défunt, la transmission des actions concernant également celles dirigées contre le défunt.** [...] »³⁰.

À l'époque, les tribunaux n'exigeaient pas d'acte d'hérédité pour vérifier la qualité successorale de la personne qui agissait en justice, comme demandeur ou comme défendeur. Aujourd'hui, le tribunal demanderait nécessairement à Ph.D. qu'il fournisse un acte d'hérédité attestant de la dévolution de la succession de L.D.

Le notaire avisé, dans une hypothèse analogue, ne pourra pas refuser d'instrumenter l'acte d'hérédité à *finalité judiciaire*, mais devra exposer, au sein de l'acte, que le légataire universel n'est à ce stade que *successible*, au sens de l'article 4.2, alinéa 1^{er}, du Code civil, qu'il se réserve l'exercice de son option héréditaire, et que toute action judiciaire intentée au moyen de l'acte d'hérédité le sera sur la base de sa saisine héréditaire.

Nous proposons le modèle de clause suivant :

« Le présent acte d'hérédité est à *finalité judiciaire*. M/Mme (...) a été institué légataire universel(le) par testament authentique du (...). M/Mme (...) n'a pas exercé à ce jour l'option héréditaire relative à ce legs universel.

Toute action judiciaire qui serait intentée au moyen du présent acte d'hérédité le serait dès lors par M/Mme (...) en qualité de successible, au sens de l'article 4.2, alinéa 1^{er}, du Code civil, et sur le fondement de la saisine héréditaire dont il dispose de plein droit en vertu de l'article 4.194, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil. La saisine héréditaire lui permet en effet d'exercer les actions du défunt, comme l'expose expressément l'article 4.3 du Code civil.

²⁹ Civ. Hainaut, Div. Mons (4^e ch.), 25 mai 2016, R.G., 15/336/A, inédit.

³⁰ *Rép. not.*, t. XIII : *Les Successions*, p. 174, n° 419. C'est nous qui surlignons.

La production en justice du présent acte d'hérédité ne peut en aucune manière être interprétée comme un acte valant acceptation tacite de la succession, au sens de l'article 4.41, § 3, du Code civil. M/Mme (...), successible, se réserve expressément l'exercice de son option héréditaire. »

11. De manière plus générale, nous encourageons les notaires à établir des actes d'hérédité à finalité judiciaire sur le fondement de la saisine héréditaire acquise de plein droit dès le décès du *de cuius*, visée aux articles 4.3 et 4.194, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, avant tout exercice de l'option héréditaire.

Il est en effet parfois nécessaire de pouvoir mettre en œuvre certaines actions qui appartenaient au *de cuius*, dès *avant* d'exercer son option héréditaire. C'est ici que la saisine des articles 4.3 et 4.194, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil trouve une utilité fonctionnelle, dans la mesure où elle peut servir de fondement d'action au successible qui souhaite préserver et/ou augmenter les droits de la masse avant de décider de l'option qu'il va exercer.

D. EST-IL OPPORTUN DE DRESSER UN ACTE D'HÉRÉDITÉ À FINALITÉ INFORMATIVE AVANT L'EXERCICE DE SON OPTION HÉRÉDITAIRE PAR LE REQUÉRANT ?

12. La réponse est assurément positive.

Elle l'est d'autant plus que l'article 4.59 du Code civil dispose désormais de façon explicite qu'un acte d'hérédité peut être délivré à un successible ou un légataire à titre particulier qui n'a pas encore opté.

Imaginons le cas suivant. Léopold décède et laisse deux enfants, Victor et Eugène. Victor hésite quant à la manière d'exercer son option héréditaire, et souhaiterait, avant de se positionner, examiner l'historique des comptes bancaires de son père défunt, afin de vérifier qu'il n'y a pas eu de transfert d'argent important dans les cinq dernières années qui ont précédé le décès. L'existence de tels transferts pourrait avoir une incidence évidente sur l'exercice ultérieur de son option.

Il est dès lors fondamental que Victor puisse obtenir un certificat d'hérédité qui lui permettra d'obtenir des institutions bancaires auprès desquelles son père les informations quant à l'historique de ceux-ci, ou encore quant à l'existence d'une éventuelle procuration dont aurait bénéficié son frère, voire un tiers.

Nous suggérons le modèle de clause suivant :

« Le présent acte d'hérédité est délivré en vue d'une finalité strictement informative au profit de (...), qui apparaît au présent acte en sa qualité

de successible au sens de l'article 4.2, alinéa 1^{er}, du Code civil (ou de légataire à titre particulier qui n'a pas accepté à ce jour le legs à lui consenti).

La production et l'utilisation du présent acte d'hérédité ne peuvent en aucune manière être interprétées comme des actes valant acceptation tacite de la succession, au sens de l'article 4.41, § 3, du Code civil. M/Mme (...), successible (ou légataire à titre particulier qui n'a pas accepté à ce jour le legs à lui consenti), se réserve expressément l'exercice de son option héréditaire. »

13. L'acte d'hérédité conserve toute sa pertinence, lorsqu'il est délivré avec une *finalité informative*, même lorsqu'il existe une incertitude quant à la dévolution.

En effet, dans un cadre conflictuel ou, plus largement face à une dévolution incertaine, la récolte d'informations par le successible permettra certainement à celui-ci de faire les choix les plus pertinents et, à tout le moins, d'exercer son option héréditaire en toute connaissance de cause et avec la sécurité juridique requise.

NOTARIAT & ACTUARIAT

Jean-Luc LEDOUX

Au début de cette contribution, je fais du nombrilisme ; les circonstances de la vie ont fait qu'après avoir été mathématicien et actuaire, je suis devenu juriste et en particulier notaire.

Après mes humanités gréco-latines, j'ai suivi une année de mathématiques spéciales, comme on les nommait à l'époque, chez les jésuites du Collège Saint-Michel à Bruxelles. Mes condisciples étaient de futurs ingénieurs civils ainsi que de futurs étudiants de l'École royale militaire.

Après avoir réussi l'examen d'entrée aux études d'ingénieur civil, je me suis retrouvé à Leuven en première candidature. Les cours se donnaient essentiellement au centre-ville, à l'exception de l'un ou l'autre qui avaient lieu à Heverlee au Château d'Arenberg ou dans des bâtiments proches.

À l'époque, moyennant quelques cours supplémentaires, on pouvait dériver vers une candidature en sciences mathématiques ou physiques et c'est ce que j'ai fait. J'ai eu d'ailleurs un cours de physique avec Pierre Macq, qui devint le premier recteur laïc de l'Université catholique de Louvain de 1986 à 1995 ; l'un de ses fils s'appelle Vincent Macq et est magistrat, donc juriste. Deux licences suivaient les candidatures et offraient différentes options. En première licence, j'ai eu comme professeur Georges Lemaître, qui nous enseignait la relativité restreinte ; je n'ai pas saisi à l'époque que celui-ci allait devenir un savant de renommée mondiale. Il était un des rares à avoir compris Einstein et on a retenu qu'il était l'auteur de la théorie du big bang, comme on l'a appelée avec un certain humour. Cela, à l'époque, me passait totalement au-dessus de la tête. J'ai fait un mémoire avec Jacques Boël, qui n'avait d'autre lien avec la célèbre famille Boël que l'homonymie. J'étais déjà attiré à l'époque par l'actuariat et, avec un copain, nous avons suivi quelques cours dans cette matière. C'est ainsi que je me suis inscrit, après mon diplôme de mathématiques, à la licence en sciences actuarielles, qui se donnait à la Faculté des sciences économiques. Un des professeurs très importants était José Paris, toujours vivant et dont la fille Catherine est une éminente juriste qui est maintenant professeur de droit à l'Université de Liège et occupe une fonction importante dans une compagnie d'assurances ; elle vient de publier un ouvrage consacré au droit de l'assurance.

Brusque évolution dans ma vie professionnelle car mon beau-père a insisté pour que je reprenne des études de droit et, dans le futur, son étude notariale. Je me suis donc retrouvé dans une Faculté de droit, toujours à Leuven, en commençant comme tous mes condisciples par les deux années de philosophie et lettres.

Après les candidatures suivaient les trois doctorats en droit et c'est ainsi que j'ai obtenu, sans thèse, le titre de Docteur.

Dans une circonstance tragique, à savoir le décès prématuré de mon beau-père, j'ai appris à connaître Léon Raucant, alors notaire à Wavre et professeur à l'UCL, qui nous a permis d'assurer la continuité de l'étude notariale et de me convaincre que je faisais le bon choix, sans abandonner mes amours actuarielles.

Ces prémices m'ont permis quelques réflexions sur trois sujets : la vie à Leuven de 1961 à 1970, l'évolution des études de droit et de notariat et l'évolution de la formation et de la profession d'actuaire.

LEUVEN, TOUT D'ABORD

C'était au temps où cohabitaient dans la même ville, et souvent dans les mêmes bâtiments, deux universités : d'une part la Katholieke Universiteit Leuven (KUL) et l'Université catholique de Louvain (UCL). Dans mes souvenirs, où j'essaie d'être le plus possible objectif, il n'y avait pas encore de tiraillements entre les professeurs et les étudiants de ces deux universités. Il faut bien dire que les bâtiments universitaires étaient beaucoup plus rassemblés dans le centre historique de Leuven, à l'exception de l'extension vers Heverlee où se trouvaient le Château d'Arenberg et une série de bâtiments universitaires ; en particulier certains bâtiments dédiés aux Facultés des sciences, spécialement l'Institut de physique nucléaire déjà et les bureaux de Georges Lemaître où se trouvait le premier ordinateur dont j'ai souvenir et, pour ceux qui s'intéressent à l'histoire de l'informatique, dont on peut retrouver des modèles au musée de l'informatique à Namur. À titre d'anecdote y enseignait également Odon Godart, professeur de météorologie, qui avait eu l'honneur de faire partie du wing météo de la RAF (Royal Air Force) pendant la Deuxième Guerre mondiale ; il nous racontait qu'il avait été à deux doigts de passer par le peloton d'exécution car une escadrille s'était plantée dans l'Atlantique, par sa faute disait-on. C'était, on l'a démontré plus tard, le même phénomène que celui que l'on a appelé triangle des Bermudes : les instruments de bord des avions étaient beaucoup moins perfectionnés à l'époque.

Pour en terminer avec quelques anecdotes sur Leuven, une grosse majorité des étudiants logeaient dans des kots, propriétés le plus souvent de particuliers et dont la responsable était appelée « la basine » (féminin construit de baas). Il y avait, mais les temps n'ont pas vraiment changé, quelques restaurants universitaires mais à côté de cela une multitude de restaurants privés à des prix très démocratiques pour les étudiants. À l'époque, le recteur, dénommé « recteur magnifique », était responsable des deux universités. Pour faire le lien avec ce qui va suivre, la Faculté de droit rassemblait des étudiants flamands et francophones, bien sûr dans des auditoriums différents, et se trouvait à la jonction de la

Tiensestraat et de la Monseigneur Ladeuzeplein. Quant aux études d'actuariat, elles étaient rattachées à la Faculté des sciences économiques, qui se trouvait au coin des rues Vésale et des Doyens. L'actuariat est aujourd'hui rattaché à l'Institut de statistiques, biostatistiques et sciences actuarielles.

Je termine cette évocation de Leuven en citant le Grand Béguinage. Nous avons habité à quelques centaines de mètres ; c'était encore une ruine, progressivement rénovée et aujourd'hui une splendeur, habitée par des professeurs, des assistants et des étudiants. L'entrée principale se trouve à la Schapenstraat (rue des Moutons) et les deux bras de la Dyle le traversent.

L'ÉVOLUTION DES ÉTUDES DE DROIT ET DE NOTARIAT

Il serait outrecaudant de rappeler dans cette contribution destinée à des juristes liés au notariat l'évolution de cette dernière institution.

Rappelons tout d'abord que la première réforme a supprimé le titre de Docteur en droit pour le remplacer par un cycle en cinq ans comprenant des candidatures en droit suivies d'une licence. La licence en notariat ne nécessitait pas nécessairement une année supplémentaire mais pouvait se combiner avec la dernière année de droit et, concrètement, nécessitait une session d'examens normalement fixée en septembre alors que la licence en droit avait été obtenue en juin. On ne s'appesantira pas sur les réformes successives qui ont modifié l'accès à la profession de notaire, obligeant ceux qui voulaient y accéder au passage d'un concours. La Belgique étant ce qu'elle est, il a fallu distinguer ceux qui voulaient s'installer en région wallonne de ceux qui voulaient s'installer en région flamande, outre ceux qui voulaient s'installer en région bruxelloise, sans oublier le statut particulier de la communauté germanophone.

Ensuite, il y eut la création des notaires associés et on en est arrivé, pour le moment, à ce qui semble être la dernière évolution.

Le nombre d'études notariales pour l'ensemble du pays a été relativement stable ; il est de l'ordre de 1 150 réunissant 1 550 notaires et 8 000 collaborateurs, juristes ou non.

L'ÉVOLUTION DE LA FORMATION ET DE LA PROFESSION D'ACTUAIRE

Autant le nombre d'études notariales et finalement de notaires a peu évolué au fil des années, autant le nombre de titulaires d'une profession actuarielle a explosé.

Revenons tout d'abord sur le cursus obligatoire : en 1965, pour s'inscrire à une licence en sciences actuarielles, il fallait être licencié en sciences mathé-

matiques ou physiques ou ingénieur civil ; il y avait une possibilité réservée aux économistes au sens large moyennant une épreuve supplémentaire. Quand j'ai eu mon diplôme de licencié en sciences actuarielles, nous étions une petite dizaine. Après la licence, on pouvait accéder au diplôme d'actuaire ou de docteur en sciences actuarielles. Les études permettant d'accéder à ce titre ont été heureusement simplifiées et, après un bachelier en trois ans, on accède à une licence, devenue master, après deux années d'études supplémentaires. La formation préalable est la même pour les mathématiciens et pour les économistes et, du coup, il y aurait maintenant entre 1 200 et 1 500 actuaires. Il n'y a pas d'organisation professionnelle aussi structurée légalement que dans le notariat. Il existe une organisation professionnelle (pour simplifier) qui s'appelle IA|BE. À ce que je sais, rien n'oblige le titulaire d'un diplôme d'actuaire à faire partie de l'IA|BE. Cette organisation est structurée, avec un président et un staff qui l'entoure (Daphné de Leval, fille de Georges, en fait partie). Les professions exercées sont multiples : dans les années 1965 et suivantes essentiellement, les actuaires étaient recrutés dans les compagnies d'assurances ou par l'État ou les communautés, et bien sûr dans l'enseignement. Aujourd'hui, ils exercent des professions très variées, par exemple dans les multinationales qui constituent ce que l'on appelle les « *big four* ».

LES LIENS DU NOTARIAT AVEC L'ACTUARIAT

Au fil de lois récentes, les notaires ont appris à appréhender les tables de mortalité et leur utilisation dans les domaines comme la valorisation de l'usufruit et, du coup, les notions actuarielles leur sont apparues ; malheureusement ils ont eu et ont toujours des difficultés à les maîtriser. Il y a quelques années (en 2013), j'avais écrit (avec Michel Denuit, docteur en sciences actuarielles et professeur à l'UCL) en hommage à Hélène Casman un texte intitulé « Le juriste et le mathématicien » (*Liber amicorum Hélène Casman*, Intersentia, pp. 311-321).

Outre l'usufruit, un secteur mieux connu mais pas vraiment maîtrisé est la vente en rente viagère. Celle-ci a connu une évolution plus basée sur l'opportunisme que sur la science : la durée de paiement d'une rente viagère est en Belgique presque toujours limitée dans le temps.

Quand on lit ce qui est publié depuis quelques années dans les questions qui lient les deux professions, on est étonné de l'incompréhension qui subsiste. Nous avons essayé d'aborder ces problèmes dans un colloque intitulé « Aléa et droit » auquel la maladie m'a empêché d'assister. Il semblerait que les juristes qui y ont assisté, et ils étaient nombreux, ont eu beaucoup de mal à assimiler certains exposés.

Espérons une évolution positive de la compréhension de la mathématique par les juristes.

Je terminerai volontiers par l'évocation brève d'un long article que je viens de lire à propos des remous causés en France par la modification de l'âge donnant droit à la pension (ou la retraite). L'espérance de vie a grandi de décennie en décennie et le système de répartition que la France et la Belgique connaissent posera des problèmes dans le futur. Le même article montre toujours une différence importante entre la longévité des femmes par rapport à celle des hommes.

DE OPENBARE VERKOOP. CASSATIE VOLGT HET CSW EN BAANT DE WEG VOOR BIDDIT

Dirk MICHELS

1. In een voor de vastgoedpraktijk belangrijk arrest bracht het **Hof van Cassatie op 9 juni 2016**, in een geschil over de openbare verkoop van een onroerend goed via een internetsite, een aantal principes in herinnering en werd het notarieel monopolie bevestigd voor openbare verkopen, ook met elektronische biedingen¹. Dit arrest heeft geleid tot de oprichting van het onlinebiedingsplatform Biddit², dat een antwoord moest bieden op de tanende populariteit van de fysieke openbare verkoop. Sindsdien lijkt het tij gekeerd.

Het Hof van Cassatie gaf daarbij de volgende definitie van de openbare verkoop: *“Een onder het monopolie van de notarissen vallende openbare verkoop in de zin van deze bepaling³ is een verkoop waarbij aan een publiek dat fysiek of virtueel wordt samengebracht de mogelijkheid wordt geboden om concurrentiële biedingen te doen, waarbij de een kennis heeft van het bod van de ander, zonder noodzakelijk te weten van wie het bod uitgaat of wie het bod heeft gedaan en waarbij van bij de aanvang duidelijk is dat het goed aan de hoogste bieder zal worden toegewezen of dat het zal worden ingehouden. De omstandigheid dat bepaalde formaliteiten moeten worden vervuld om toegelaten te worden tot de biedingen, ontnemt aan de verkoop niet haar openbaar karakter.”*

Deze definitie komt bijna letterlijk overeen met de volgende definitie die het CSW aan de openbare verkoop gaf in dossier 4376⁴:

“Een vrijwillige openbare verkoop is een verkoop:
1. *waarbij aan een publiek – al dan niet beperkt – dat fysiek of virtueel wordt samengebracht, de mogelijkheid gegeven wordt om*
2. *concurrentiële biedingen te doen, waarbij de een kennis heeft van het bod van de ander; zonder noodzakelijk te weten van wie het bod uitgaat of wie het bod heeft gedaan,*
3. *en waar ab initio duidelijk is dat het goed aan de hoogste bieder zal worden toegewezen of dat het zal worden ingehouden.”*

¹ Cass. 9 juni 2016, *Not.Fisc.M.* 2016, 308, concl. A. VAN INGELGEM, noot M. DE POTTER DE TEN BROECK en L. SPELTINCX, *Rev.not.b.* 2017, 789, noot E. BEGUIN, *T.App.* 2016, 36, *T.Not.* 2016, 481, concl. A. VAN INGELGEM, noot van de redactie.

² Biddit.be

³ Art. 1, tweede lid wet 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt.

⁴ CSW – Dossier 4376: “Bod onder gesloten omslag – Openbare verkoop?” in *Verslagen en Debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving 2006-2007*, FEDNOT (ed.), Brussel, Bruylant, 2008, 166-218.

2. De openbare verkoop is meestal bestemd voor een ruim **publiek**, waarbij onder meer via het internet publiciteit wordt gemaakt die zich tot eenieder richt die wenst te bieden. Uitzonderlijk kan de notaris een openbare verkoop organiseren met een beperkt aantal kandidaten waarvan men weet dat zij het project financieel of technisch aankunnen, zolang de opbiedingen kenbaar zijn en ten overstaan van de notaris (en desgevallend de vrederechter) plaatsvinden⁵. Een ander voorbeeld van een openbare verkoop met een beperkt publiek is een openbare verkoop die op vrijwillige basis wordt georganiseerd tussen ex-echtgenoten die beiden de gezinswoning willen overnemen. Dit procedé kan een alternatief bieden voor een openbare verkoop voor het grote publiek, die men om redenen van discretie wil vermijden. Hoewel wij van oordeel zijn dat men dit best niet spontaan adviseert, kan de notaris die er, op verzoek van partijen, zijn medewerking aan verleent niets ten kwade geduid worden. Men zal op voorhand wel duidelijke spelregels vastleggen, met name over hoeveel er effectief moet worden betaald (rekening houdend met vergoedingen en wedernemingen), wie welke kosten betaalt, enz.

Het Hof van Cassatie heeft zich op 9 juni 2016 niet uitgesproken over hoe ruim of beperkt het publiek moet zijn om van een openbare verkoop te spreken en dit onderdeel van de definitie van het Comité voor Studie en Wetgeving (*al dan niet beperkt*) niet overgenomen. Het spreekt van “een publiek”. Deze vraag was ook niet aan de orde. Het Hof heeft wel geoordeeld dat een publiek ook **virtueel** kan worden samengebracht. De omstandigheid dat een kandidaat-koper zich eerst dient te registreren vooraleer een bod te kunnen uitbrengen doet volgens het Hof evenmin afbreuk aan het openbaar karakter van de verkoop aangezien het goed via het internet, en dus aan eenieder, wordt aangeboden. Verkopen via het internet, waarbij de mogelijkheid wordt geboden om concurrentiële biedingen te doen en waarbij het goed aan de hoogste bidder wordt toegewezen, zijn dus steeds openbare verkopen. Enkel de notaris is hiervoor bevoegd.

3. De vraag van het juridisch bureau van Fednot aan het CSW in dossier 4376 was te weten of een verkoop onder het systeem van biedingen met gesloten omslag onder de kwalificatie valt van een openbare verkoop, met alle gevolgen van dien.

Het CSW was terecht van oordeel dat het verkopen aan de meestbiedende van de kandidaat-kopers die ieder afzonderlijk een **bod onder gesloten omslag** voorleggen geen openbare verkoop is maar een verkoop uit de hand. De notaris werkt best niet mee aan dergelijke verkoop, die trouwens gevaarlijk is. Het notarieel monopolie inzake openbare verkopen is precies ingevoerd om aan deze praktijken het hoofd te bieden. Het procedé van de biedingen onder gesloten omslag ontnemt aan de bidders de mogelijkheid om opbod te doen (aangezien zij geen

⁵ A. VAN DEN BOSSCHE, “Praktische aspecten bij de openbare verkoop” in *Leuvense Notariële Geschriften*, 5 (LNG 5), Leuven, Universitaire Pers, 2004, p. 133-134.

kennis hebben van elkaars bod), terwijl de opbieding net het belang van de minderjarige, onbekwame, failliete boedel, enz. ten goede komt⁶.

Als men de (hoogste) bidders evenwel nog de kans geeft tegen elkaar op te bieden gaat het wél om een openbare verkoop omwille van de **concurrentiële biedingen**⁷. Daaraan kan de notaris, voor goederen waarvoor een eerder beperkt of gespecialiseerd publiek bestaat (bv. projectgronden, bepaalde commerciële of industriële panden), uiteraard wel zijn medewerking verlenen. Niet-notarissen die zich hieraan zouden bezondigen stellen zich bloot aan strafsancities⁸.

4. De vraag aan het CSW in dossier 4376 kwam niet zo maar uit de lucht vallen. Er ontwikkelen zich in de vastgoedpraktijk de laatste jaren immers diverse nieuwe paranotariële verkoopprocessen rond onroerend goed, uitgaande van particulieren en van professionelen⁹. De klassieke *summa divisio* tussen een verkoop uit de hand en een openbare verkoop gaat voorbij aan de wildgroei van “gecontroleerde verkoopprocessen” die zich de voorbije jaren hebben ontwikkeld¹⁰. Met name vastgoedmakelaars komen daarbij steeds meer in het vaarwater terecht van het notarieel monopolie op de openbare verkoop, en de grenzen moesten nu eens duidelijk vastgesteld worden: tot hier en niet verder. Het CSW heeft die grenzen scherp gesteld, het Hof van Cassatie is daarin gevolgd.

Het feit dat men vaak afstapt van de klassieke tekoopstelling uit de hand via een vraagprijs doet vragen rijzen. Is dat niet meer de gangbare manier van tekoopstelling? Er zijn geen statistieken van de verschillende manieren waarop vastgoed door particulieren of professionals wordt te koop gesteld, maar in de praktijk zien wij het procedé van de **biedingen onder gesloten omslag** regelmatig opduiken.

Een makelaar die, zonder een vooraf meegedeelde vanafprijs, een onroerend goed te koop stelt handelt daarbij in strijd met artikel 2, 1^o van het koninklijk besluit van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde biedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars¹¹.

⁶ A. VAN DEN BOSSCHE, “De openbare verkoop. Wegens werken, gelieve de GPS uit te schakelen” in *Notariële facetten van het contractenrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 1-27.

⁷ Zo hebben wij reeds enkele succesvolle openbare verkopen georganiseerd waarbij liefhebbers een bod onder gesloten omslag moesten deponeren op het notariskantoor tegen een welbepaalde datum, waarna vervolgens de 3 hoogste bidders tegen elkaar konden opbieden. Dit procedé stimuleert de liefhebbers om meteen hun beste bod uit te brengen, op straffe van uitsluiting van de daaropvolgende openbare verkoop onder de 3 hoogste bidders.

⁸ Art. 227 Sw.: Hij die zich inmengt in openbare ambten, hetzij burgerlijke of militaire, wordt gestraft met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar.

⁹ R. TIMMERMANS, “Notariële openbare verkopen en paranotarieel beheerste biedingen op het vastgoed: op het snijpunt van elektronische wegen”, *T.App.* 2012/2, 2-13.

¹⁰ C. JANSSENS en F. MARTENS, “Overwegingen bij (digitaal) bieden op onroerende goederen: wanneer de nood-daar-is?”, *NFM* 2023, 94-101.

¹¹ R. TIMMERMANS, “Grenzen aan door vastgoedmakelaars georganiseerde opbiedingen op onroerend goed onder een ‘vanafprijs’”, *T.App.* 2019/4, 6.

Maar wat als een particulier of professional een onroerend goed te koop stelt met een vanafprijs, waarbij de kandidaat-kopers een bod – vanaf een bepaalde prijs – in een gesloten omslag moeten deponeren en de verkoper vervolgens beslist of hij al dan niet contracteert met een door hem, na een eventueel solvabiliteitsonderzoek, uitgekozen bieder? Dat is geen openbare verkoop en behoort tot de contractsvrijheid, die enkel wordt beperkt door de goede trouw (zodat de verkoper zich niet mag bezondigen aan rechtsmisbruik) en de algemene Antidiscriminatiewet (die elke directe en indirecte discriminatie viseert op grond van geslacht, ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, fortuin, leeftijd, geloof of levensbeschouwing, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap)¹². Deze principes gelden ook voor de openbare verkoop, waarbij de verkoper het goed altijd mag terugtrekken en biedingen weigeren van personen die hij niet kent of waarvan de goedgeheid niet bewezen is¹³.

5. De wetgever achtte het in 2009, bij de bespreking van het wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de openbare verkoop van onroerende goederen betreft, niet opportuun om een wettelijk kader uit te werken voor het elektronisch bieden¹⁴.

Een eerste aanzet kwam er in 2014 door de aanvulling van het tweede lid van artikel 1193 Ger.W. met de volgende zin¹⁵: “*De biedingen kunnen zowel fysieke als gedematerialiseerde biedingen zijn. De verkoopsvoorwaarden bepalen de wijze, de voorwaarden en de termijn voor het doen van de biedingen.*”

Onder impuls van het cassatiearrest van 9 juni 2016 heeft de wetgever dit wettelijk kader voltooid en **met ingang van 1 mei 2018 een reeks bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek aangepast om het online bieden efficiënt te kunnen laten verlopen** met eerbiediging van de vereisten van authenticiteit¹⁶.

¹² A. DE BOECK, “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractsvrijheid in het nauw gedreven” in *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Maklu, 2003, 436; I. SAMOY, “Recente wetgeving en Europese richtlijnen: invloed op het verbintenissenrecht” in S. STIJNS (ed.), *Verbintenissenrecht*, Themis, 2004, die Keure, 93, nr. 35; B. VAN BAEVEGHEM, “De beer, zijn vel en de hoogste bieder: het aanbod in de vrijwillige openbare verkoop”, *TBBR* 2004, 489 e.v.; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie” in *Bijzondere overeenkomsten*, Referaten van de XXXIVe postuniversitaire cyclus Willy Delva 2007-2008, Kluwer, 2008, 439-517.

¹³ CSW – Dossier 4376: “Bod onder gesloten omslag – Openbare verkoop?” in *Verslagen en Debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving 2006-2007*, FEDNOT (ed.), Brussel, Bruylant, 2008, (166), 196.

¹⁴ Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Stefaan Van Hecke, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 1273/005, p. 4.

¹⁵ Art. 129 wet 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *BS* 14 mei 2014.

¹⁶ Art. 20 e.v. wet 11 augustus 2017 houdende invoeging van het boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek van Economisch Recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan boek XX in het boek I van het Wetboek van Economisch Recht, *BS* 11 september 2017, in werking getreden op 1 mei 2018.

Parallel hiermee werd er door het notariaat hard gewerkt aan Biddit, een performant internetplatform voor onlineverkoppen dat sedert 1 september 2018 operationeel is (na een proeffase in juni 2018).

Biddit heeft de openbare verkoop binnengebracht in het digitale tijdperk¹⁷, met een geheel nieuwe kostenstructuur voor de koper die nauw aansluit bij de kosten van een verkoop uit de hand. Het betreft hier een echte trendbreuk met het verleden. Biddit wil zich hiermee onderscheiden van de fysieke openbare verkoop, aangezien het geen verschil zou mogen uitmaken via welk kanaal iemand koopt.

De Infobox Biddit op het e-notariaat bevat een kostencalculator voor zowel koper als verkoper. De kost van Biddit voor de verkoper, die het verschil betaalt tussen de kosten van een verkoop uit de hand en een openbare verkoop, varieert rond de 2 % bij verkopen van ± 225.000 euro. Bij lagere verkoopprijzen is de kostprijs hoger en bij hogere verkoopprijzen lager.

Na 5 jaar is de balans positief. De meeste goederen worden toegewezen en het aantal openbare verkopen is in stijgende lijn. De verkoopsvoorwaarden worden regelmatig aangepast aan de noodwendigheden van de notariële praktijk en aan de nieuwe wetgeving, en de werkgroep Biddit volgt samen met de Commissie Gerechtelijk Recht van Fednot de implementatie van een en ander op in de praktijk en stuurt bij waar nodig.

6. Hieronder volgen nog een aantal **aandachtspunten** die we graag in de verf zetten **om de werking van Biddit te bevorderen** en discussies of schadegevallen achteraf te vermijden.

a) Bieders moeten zich vooraf registreren op Biddit via hun eID-kaart of via Itsme¹⁸. Zij die hier niet over beschikken kunnen bij de notaris een account laten aanmaken. Desgevallend mag de notaris een computer ter beschikking stellen om biedingen te doen, maar de bidders moeten die wel zelf doen. Wat niet kan, is dat de notaris of zijn medewerkers bieden in hun opdracht.

b) De instelprijs wordt, na een waardering van het goed door de notaris of een door hem (in overleg met de verkoper) aan te stellen schatter, schriftelijk vastgelegd in de opdracht voor de onlineverkoop. Aan de instelprijs is ook een premie van 1 % verbonden, tenzij men deze afschaft in de bijzondere verkoopsvoorwaarden¹⁹. Dit is enkel mogelijk bij de vrijwillige openbare verkoop. Een instelprijs is geen aanbod tot verkopen, maar slechts een manier om biedingen

¹⁷ D. MICHIELS, “De openbare verkoop van vastgoed: ook via internet?”, *T.Not.* 2016, 689-713; L. SPELTINCX, “De openbare verkoop in het digitale tijdperk”, *NFM* 2018, 251-257.

¹⁸ [Itsme.be](https://www.itsme.be)

¹⁹ De volgende clause kan worden gebruikt: “*In afwijking van artikel 15 van de algemene verkoopsvoorwaarden wordt er geen premie toegekend aan de eerste bieder die bij aanvang van de biedingen een bedrag gelijk aan of hoger dan de instelprijs biedt.*”

uit te lokken. Een instelprijs van 75 % kan als richtlijn dienen; voor moeilijke panden wat lager en voor gemakkelijke wat hoger. Uiteindelijk mag het belang van de hoogte van de instelprijs niet worden overschat; de marktwerking zal wel leiden tot een correcte prijsvorming.

c) De verkoopvoorwaarden kunnen niet meer gewijzigd worden als de biedingen zijn gestart, de eventuele rechtzetting van materiële vergissingen niet te na gesproken. Het zou onaanvaardbaar zijn dat er biedingen gebeuren door verschillende bieders onder verschillende voorwaarden. Wat desgevallend nog wel kan, is aanpassingen doorvoeren (via een wijzigende of verbeterende akte, dan wel via nieuwe verkoopvoorwaarden die de vorige integraal vervangen) nadat de publiciteit is opgestart maar alvorens de biedingen van start zijn gegaan. Bieders die de verkoopvoorwaarden reeds hadden goedgekeurd, moeten hier dan wel van verwittigd worden.

d) De notaris neemt best een onherroepelijke volmacht tot verkoop op in de verkoopvoorwaarden (tenzij die vooraf is gegeven). Dat is meteen de gelegenheid om met de verkoper alle modaliteiten van de verkoop te bespreken, de opdracht tot tekoopstelling via Biddit (en eventueel tot een latere tekoopstelling uit de hand, mocht de onlineverkoop geen doorgang vinden) te laten ondertekenen en de notaris (alsook de hoogste bidder) ervan te verzekeren dat het proces-verbaal van toewijzing effectief zal worden getekend als de door de verkoper vooropgestelde minimumprijs behaald wordt. Zeker bij een verkoop met verschillende verzoekers is het gebruik van een onherroepelijke volmacht tot verkopen aan te raden om discussies achteraf te vermijden²⁰. Indien de notaris niet over een dergelijke volmacht beschikt en niet alle verkopers aanwezig of vertegenwoordigd zijn kan hij niet toewijzen; hij kan immers niet eenzijdig vaststellen aan wie er verkocht is²¹.

e) Er moet worden toegewezen aan de meest- en hoogstbiedende wiens bod is aanvaard door de verkoper²². Als er na het sluiten van de biedingen, ingevolge onderhandelingen, wordt verkocht aan een hogere prijs of aan iemand anders dan de hoogste bidder, dan is dit geen openbare verkoop meer maar een verkoop uit de hand²³. De notaris mag hiervan dus geen proces-verbaal van toewijzing

²⁰ D. MICHIELS, "Weglopen helpt niet. Over het gebruik van de notariële volmacht tot verkopen", noot onder Brussel 27 juni 2005, *T.Not.* 2006, 239-246; A. VAN DEN BOSSCHE, "Praktische aspecten bij de openbare verkoop" in *Notariële facetten van het contractenrecht*, reeks *Leuvense Notariële Geschriften*, deel 5, Universitaire Pers Leuven, 2004, 136-138; T. VAN SINAY, *Handboek gerechtelijke verdeling*, Larcier, 2010, nr. 447.

²¹ A. DELIEGE, *Vente publique volontaire d'immeubles* in *Rép.not.*, nrs. 75 e.v.

²² Volgens artikel 5, c) van de algemene verkoopvoorwaarden kan de notaris echter enkel een bod weigeren of als onbestaande verklaren omwille van eender welke juridische reden die kan worden gerechtvaardigd (onbekwaamheid, insolventie ...). De verkoper mag aan de notaris dus niet vragen een bod te weigeren omdat de hoogste bidder hem niet bevalt of om een andere niet-juridische reden.

²³ Ook qua erelonen en de eventuele tussenkomst van een notaris van de koper.

opstellen²⁴. Het openbaar karakter van de verkoop vereist dat het hoogste bod door concurrentiële biedingen tot stand kwam en niet door onderhandelingen achteraf. De notaris kan daar wel een akte van opmaken (waar conventioneel alle verkoopvoorwaarden van de openbare verkoop op van toepassing zijn, inclusief de onmiddellijke overgang van eigendom en risico's, het kostenforfait en de betalingstermijnen), maar dat is geen proces-verbaal van toewijzing. Bij een vrijwillige openbare verkoop is dat op zich geen probleem als iedereen meerderjarig en bekwaam is, maar als het een gerechtelijke openbare verkoop betreft en hiervoor een rechterlijke machtiging nodig is, kan men dat niet zo eenvoudig afhandelen (anders werkt deze verkoop bv. niet zuiverend). Als de notaris hierin zou bemiddelen moet hij, naast de opdracht voor de onlineverkoop, ook over een opdracht tot tekoopstelling beschikken²⁵.

f) De notaris gaat, op basis van de gegevens in zijn bezit, na of het hoogste bod geldig is. Zo werd geoordeeld dat hij het bod moet weigeren van een persoon die gehuwd is onder een gemeenschapsstelsel en die heeft gehandeld zonder de toestemming van zijn echtgenoot, waarbij hij had moeten weten dat de instelling van de sterkmaking niet betrouwbaar was²⁶. Uiteraard mag de notaris niet toewijzen aan de personen opgesomd in artikel 8 Ventôsewet en in artikel 1591 Ger.W.; zij mogen niet als koper worden aangenomen, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks (via sterkmaking of commandverklaring).

g) Als men een decretaal voorkooprecht moet aanbieden zal men zich eerst verzekeren van het akkoord van de verkoper met het hoogst weerhouden bod. Vervolgens zal men, tenzij de kandidaat-koper die dit bod heeft uitgebracht valt onder een van de uitzonderingen, het desbetreffende voorkooprecht aanbieden en overgaan tot de ondertekening van het proces-verbaal van toewijzing. Dat kan allemaal binnen een korte termijn, nu de begunstigden van een Vlaams decretaal voorkooprecht slechts over één werkdag beschikken na de aanbieding ervan om te laten weten of zij er gebruik van wensen te maken²⁷. Voor andere voorkooprechten, zoals het voorkooprecht van de pachter, zal men zich schikken naar de wettelijke bepalingen ter zake. Hier lijkt ons een fysieke openbare verkoop meer aangewezen in afwachting van een wijziging van de Pachtwet.

²⁴ Een proces-verbaal van toewijzing dat desalniettemin zou worden opgesteld moet in dat geval aangezien worden als een verkoopakte uit de hand, en moet binnen de 15 dagen geregistreerd en overgeschreven worden (met desgevallend een ambtshalve inschrijving tot gevolg als er geen kwijting of ontslag van ambtshalve inschrijving in vervat is); de termijn van 2 maanden geldt enkel voor de openbare verkoop.

²⁵ KB 14 november 2006 houdende goedkeuring van de regels inzake de bemiddeling door de notarissen betreffende de minnelijke of gerechtelijke verkoop van onroerende goederen (*BS* 28 november 2006). De notaris kan deze opdracht desgevallend naar aanleiding van de ondertekening van de verkoopvoorwaarden door de verkoper eveneens laten ondertekenen om, voor het geval dat de onlineverkoop geen doorgang zou vinden, onmiddellijk te kunnen bemiddelen met het oog op een verkoop uit de hand.

²⁶ Antwerpen 13 juni 2005, *TBBR* 2007, 261.

²⁷ M. BOERAEVE, "Tips 'n Tricks nieuwe wetgeving – Vlaams Administratief Recht #11", *e-notariaat*, bericht nr. 14280, 10 juli 2018.

h) De notaris moet, op dezelfde dag, het proces-verbaal van toewijzing laten ondertekenen door partijen en het hoogst weerhouden bod online kenbaar maken via Biddit²⁸. De persoonlijke verschijning van partijen of hun lasthebbers voor de notaris is immers essentieel voor de authenticiteit, maar ook de onlinemededeling via Biddit omwille van het openbaar karakter van de verkoop. Bij verkopen met de vrederechter moet deze ook tekenen, tenzij hij/zij anders beslist (zijn/haar aanwezigheid is facultatief sedert 1 september 2013)²⁹.

i) Na de toewijzing is er nog de mogelijkheid van commandverklaring. De akte van commandverklaring moet:

1) hetzij gedaan worden voor de notaris die tot de toewijzing is overgegaan, hetzij gedaan worden voor een andere notaris (wat slechts zeer uitzonderlijk zal voorkomen in de praktijk) in welk geval deze akte bij gerechtsdeurwaarders-exploot (tijdig) moet worden betekend aan de notaris die tot de toewijzing is overgegaan;

2) gedaan of betekend worden uiterlijk de vijfde werkdag na de ondertekening van het proces-verbaal van toewijzing³⁰. Andere opschortende voorwaarden (bv. financiering door de koper) schorsen de termijn voor commandverklaring (zowel civielrechtelijk als fiscaal) dus niet. Zijn geen werkdagen en tellen dus niet mee voor de berekening van de termijn waarbinnen de commandverklaring moet plaatsvinden: zaterdagen, zondagen en wettelijke feestdagen (zie www.wettelijke-feestdagen.be).

Een voorbeeld ter illustratie: bij een toewijzing op maandag 18 december 2013 kan er normaliter command worden verklaard tot maandag 25 december 2013. Die dag is echter een wettelijke feestdag, dus wordt de termijn verlengd tot dinsdag 26 december 2023. Als de akte van commandverklaring wordt verleden op dinsdag 26 december 2023 dient hier uiterlijk op woensdag 10 januari 2024 een uitgifte van te worden geregistreerd op het gewoon registratiekantoor van de notaris aan het algemeen vast recht van 50 euro, terwijl het proces-verbaal van toewijzing *d.d.* 18 december 2023 uiterlijk op (zaterdag 18 februari 2024, maar omdat dat een zondag is, verlengd tot de eerstvolgende werkdag, zijnde) maandag 19 februari 2024 moet worden geregistreerd aan het evenredig verkooprecht. Uiterlijk die dag moet ook een uitgifte van de verkoopsvoorwaarden samen met een uitgifte van het proces-verbaal van toewijzing, van de akte van commandverklaring en van de kwijtingsakte worden overgeschreven op het kantoor Rechtszekerheid. Het spreekt voor zich dat het notariskantoor moet geopend zijn tijdens de periode van commandverklaring, en de notaris (of een associé) beschikbaar; let hierop bij het inplannen van de verkoop.

²⁸ Waarbij de verkoper desgevallend vertegenwoordigd wordt door een medewerker van het kantoor ingevolge een eerder verleende notariële volmacht.

²⁹ Wet 14 januari 2013 houdende diverse bepalingen inzake werklastermindering binnen justitie.

³⁰ Ingevolge de wijziging van art. 1590 Ger.W. door art. 128 van de wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *BS* 14 mei 2014, in werking getreden op 24 mei 2014, behalve voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waar deze wijziging op 1 januari 2015 in werking is getreden (zie bericht nr. 11376 verschenen op het e-notariaat op 14 mei 2014).

j) Let op de heffingsgrondslag voor de registratierechten. Als gevolg van de lagere kosten van Biddit t.o.v. de fysieke openbare verkoop ligt de heffingsgrondslag voor de registratierechten bij een onlineverkoop lager dan de verkoopprijs. Het feit dat de verkoper een deel van de kosten draagt die normaliter ten laste zijn van de koper op een openbare verkoop is inderdaad een fiscaal voordeel voor de koper dat leidt tot een lagere heffing³¹.

Vlabel gaat er, voor alle Biddit-verkopen van onroerende goederen gelegen in het Vlaams Gewest, vanaf 1 januari 2023 van uit dat de verkoopprijs de belastbare grondslag vormt, tenzij de becijferde lasten in de verkoopvoorwaarden (bv. uitgesteld genot, metingskosten, bodemsanering ...) meer dan 1,5 % van de toewijzingsprijs bedragen, in welk geval men nog steeds de vergelijking moet maken tussen de wettelijke kosten³².

Voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en voor het Waals Gewest heeft de FOD Financiën nieuwe barema's gepubliceerd die van toepassing zijn op alle openbare verkopen vanaf 1 februari 2023³³. Vlabel volgt deze nieuwe barema's, maar enkel voor de fysieke openbare verkopen in het Vlaams Gewest.

De heffingsgrondslag kan van belang zijn voor een rechtenvermindering of abatement; let er dus op dat het niet steeds de prijs is die hiervoor bepalend is.

k) Aankopen in onverdeeldheid of voor rekening van een op te richten vennootschap kunnen hetzij in het proces-verbaal van toewijzing, hetzij in de akte van commandverklaring worden geconcretiseerd. Zeker nu artikel 3.77 BW bepaalt dat artikel 3.75 BW (dat iedere mede-eigenaar het recht verleent te allen tijde de verdeling te vragen, behoudens overeenkomst om in onverdeeldheid te blijven voor maximum vijf jaar) niet van toepassing is op de vrijwillige mede-eigendom, is het inlassen van een clause in het proces-verbaal van toewijzing voor kopers die in onverdeeldheid kopen aan te bevelen³⁴.

³¹ L. SPELTINCX, "Vlaamse registratiebelasting – Brusselse en Waalse registratierechten – Openbare verkoop – Belastbare grondslag", *e-notariaat*, bericht nr. 16632, 13 juni 2022.

³² Standpunt 22009 van 9 januari 2023. Zie ook: H. PELGROMS, "Vlaams verkooprecht – Openbare verkoop – Belastbare basis", *e-notariaat*, bericht nr. 16934, 11 januari 2023.

³³ *Rep.RJ*, R45/02-02. Zie ook: H. PELGROMS en F. PIELTAIN, "Registratierechten in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in het Waals Gewest - Fysieke openbare verkoop of via Biddit - Belastbare grondslag", *e-notariaat*, bericht nr. 16979, 2 februari 2023.

³⁴ Art. 3.75 BW.

Partijen zijn door ondergetekende notaris ingelicht over het feit dat zij zich in een vrijwillige mede-eigendom of onverdeeldheid bevinden, waarop artikel 3.75 van het Burgerlijk Wetboek (dat bepaalt dat niemand kan gedwongen worden in onverdeeldheid te blijven) niet van toepassing is.

Hierop verklaren zij dit artikel, op contractuele basis, van overeenkomstige toepassing zodat iedere mede-eigenaar, bij gebrek aan akkoord tussen partijen, de gerechtelijke verdeling kan vorderen overeenkomstig de artikelen 1207 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek.

#OFWEL (bij gesplitste aankoop best toe te voegen): Zij komen evenwel overeen niet uit onverdeeldheid te treden zolang er nog minstens een vruchtgebruiker in leven is.

#OFWEL (in alle andere gevallen eventueel toe te voegen): Zij komen evenwel overeen niet uit onverdeeldheid te treden gedurende een periode van 5 jaar te rekenen vanaf heden.

l) Het Hof van Cassatie heeft de mogelijkheid om het mechanisme van de **sterk-making** te gebruiken bij openbare verkopen op beslag verworpen³⁵. Men laat de aankoop bij sterkmaking dus best achterwege in een openbare verkoop op uitvoerend onroerend beslag³⁶. Dit geldt, bij uitbreiding, voor alle gerechtelijke openbare verkopen. Zoals hoger vermeld, kunnen ook echtgenoten gehuwd onder een gemeenschapsstelsel, zowel bij een vrijwillige als bij een gerechtelijke openbare verkoop, evenmin gebruikmaken van de sterkmaking en moeten zij beiden tekenen.

m) Het overlijden van de verkoper heeft tot gevolg dat de notaris de erfgenamen moet opzoeken om de verkoopverrichtingen verder te zetten³⁷. Er zal ook, voor overlijdens sedert 1 juli 2022, ingevolge artikel 3.30, § 1, 7° BW, een **akte van onroerende erfopvolging** moeten opgemaakt en overgeschreven worden alvorens tot de toewijzing te kunnen overgaan. Bij uitvoerend onroerend beslag geldt een specifieke regeling: vanaf de beschikking tot benoeming van de notaris kan het overlijden of de verandering van staat van de vervolgende partij of van de beslagene geen invloed meer uitoefenen op het verdere verloop van de procedure (art. 1618 Ger.W.). Uiteraard zal de procedure dan door of tegen de erfgenamen moeten worden voortgezet, met overschrijving van een akte van onroerende erfopvolging.

n) **Afspraken die de vrijheid van de biedingen beperken zijn absoluut nietig.** Deze vrijheid, waardoor iedereen moet kunnen bieden (behoudens de wettelijke uitzonderingen, vervat in art. 1591 Ger.W. en in art. 8 Ventôsewet), behoort immers tot het wezen van de openbare verkoop en belangt de openbare orde aan. Niet alleen mag de notaris hier niet aan meewerken, bovendien zal hij alles in het werk stellen om te vermijden dat bepaalde liefhebbers tijdens de openbare verkoop worden beïnvloed of onder druk gezet. Hierop staan ook strafsancties³⁸. Overeenkomsten tussen belangstellenden waardoor deze, in plaats van tegen elkaar op te bieden, afspraken maken omtrent de biedingen zouden bij vrijwillige openbare verkopen wel mogelijk zijn³⁹. Wij zijn evenwel van oordeel dat de notaris zich best onthoudt van iedere medewerking aan het opstellen van dergelijke overeenkomsten, *a fortiori* voor de openbare verkopen die hij zelf organiseert.

o) **De notaris moet geprovisioneerd zijn voor zijn akten.** Het Hof van Cassatie heeft in het verleden meermaals geoordeeld in het raam van een beslagpro-

³⁵ Cass. 5 februari 1931, *Pas.* 1931, I, p. 66-67; in dezelfde zin: Cass. 4 november 1921, *Rec.gén.enr. not.*, nr. 15.790; Cass. 14 november 1912, *Rec.gén.*, nr. 15.244.

³⁶ G. DE LEVAL, *La saisie immobilière in Rép.not.*, nr. 447; R. JANSEN en A. MICHIELSENS, *Notarieel executierecht*, Intersentia, 2010, nr. 195.

³⁷ A. VAN DEN BOSSCHE, "Praktische aspecten bij de openbare verkoop" in *Notariële facetten van het contractenrecht*, reeks *Leuvense Notariële Geschriften*, deel 5, Universitaire Pers Leuven, 2004, 44-145.

³⁸ Art. 314 Sw.

³⁹ A. DELIEGE, *Vente publique volontaire d'immeubles in Rép.not.*, nr. 12 - b); A. VAN DEN BOSSCHE, "Praktische aspecten bij de openbare verkoop" in *Leuvense Notariële Geschriften*, 5 (LNG 5), Leuven, Universitaire Pers, 2004, p. 150-151.

cedure dat de notaris zijn ambt niet mag weigeren indien hij niet geprovisioneerd werd⁴⁰. De wetgever heeft recent ingegrepen door een verbod voor de notaris in te voeren om akten te verlijden zonder hiertoe geprovisioneerd te zijn (art. 6, 11° Ventôsewet, in werking getreden op 1 januari 2023). In de voorbereidende werkzaamheden verwijst de wetgever uitdrukkelijk naar het arrest van het Hof van Cassatie van 30 maart 2018, waar het gebrek aan wettelijke basis voor een dergelijke verplichte provisionering werd aangehaald. Door dit wetgevend ingrijpen moet de notaris niet langer de door de burger verschuldigde bedragen (waaronder de registratierechten) voorschieten zonder geprovisioneerd te zijn⁴¹.

Door deze wetswijziging kan de notaris sedert 1 januari 2023 in het raam van een openbare verkoop op beslag zijn ambt weigeren zolang hij niet geprovisioneerd werd. Hetzelfde geldt overigens bij een gerechtelijke vereffening-verdeling, en bij uitbreiding bij iedere openbare verkoop.

Artikel 25bis van de algemene verkoopvoorwaarden van Biddit is dan ook aangepast als volgt wat betreft de betaling van de kosten:

“De hoogst weerhouden bieder moet dit bedrag bij de ondertekening van het proces-verbaal van toewijzing, doch uiterlijk vijf dagen na de afsluiting van de biedingsperiode, betalen.”

De notaris doet er dus goed aan om ten vroegste 5 dagen na de sluiting van de biedingen het proces-verbaal van toewijzing te laten ondertekenen om de koper in staat te stellen tijdig te betalen. Dit biedt eveneens een bescherming tegen het risico van rouwkoop, tenminste voor de kosten. De notaris vraagt uiteraard best meteen na de sluiting van de biedingen een provisie aan de hoogste bieder wiens bod is aanvaard. Dit houdt voor veel notarissen een aanpassing in van de huidige praktijk, waarbij het proces-verbaal vaak zo snel mogelijk ondertekend wordt na de sluiting van de biedingsperiode. Aangezien artikel 6, 11° van de Ventôsewet echter geen uitzondering maakt voor de openbare verkoop, wordt deze praktijk best gewijzigd zoals hoger vermeld.

7. Tot slot

“Klik zei de muis, en weg was het huis.” In deze monografie schetst professor Van Velten de gevolgen voor de notariële praktijk van de toenemende invloed van het elektronisch rechtsverkeer op het Nederlandse onroerendgoedstelsel⁴².

Met de onlineverkoop via Biddit heeft het notariaat, dank zij de inzichten van het CSW en de rechtspraak van het Hof van Cassatie, gebruikmakend van het nieuw

⁴⁰ Cass. 24 oktober 2002, *TNot.* 2003, 617, noot M. DE CLERCQ; Cass. 30 maart 2018, *JLMB* 2018, p. 1346-1347.

⁴¹ MvT, *Parl.St.* Kamer 2022-23, nr. 55-2868/001, p. 12.

⁴² A. VAN VELTEN, *Klik zei de muis en weg was het huis*, reeks *Ars Notariatus*, nr. 142, Mechelen, Kluwer, 2009.

wettelijk kader dat vanaf 1 september 2018 de mogelijkheid biedt om voor zowel vrijwillige als gerechtelijke openbare verkopen op een rechtszekere wijze vastgoed te verkopen via het internet, een huzarenstuk gerealiseerd.

Op deze manier is het notariaat langzaam maar zeker, mede dankzij de technologische ontwikkelingen van de voorbije decennia, de 21e eeuw ingegleden en bewijst het op een accurate en efficiënte manier de burger van dienst te zijn op een hedendaagse manier.

HET GENOOTSCHAP: EEN INSTELLING ZONDER INVLOED?

André MICHIELENS

1. We verdrinken in wetten, verordeningen, richtlijnen, decreten, besluiten en reglementen allerhande. Het notariaat blijft ook niet van deze “kwaal” gespaard. Nochtans is de wetgeving op het notariaat in de negentiende en twintigste eeuw vrij stabiel en is er op enkele uitzonderingen na, nauwelijks sprake van evolutie en zeker niet van revolutie¹. Tradities en afspraken bestonden en werden nageleefd, codificatie en reglementering werden pas items bij het naderen van het tweede millennium. De reglementerende bevoegdheid van de kamers en algemene vergaderingen in de arrondissementen was in 1963 het voorwerp van een uitvoerige studie door Jacques Demblon². Door een maximalistische interpretatie van artikel 16 van het Nivosebesluit, dat voorzag dat de algemene vergadering van notarissen in iedere arrondissement zich kon beraden over aangelegenheden die de uitoefening van het ambt betreffen, kwam hij tot het besluit dat de algemene vergadering in ieder arrondissement reglementerend kon optreden. Het is pas in 1991 dat de bevoegdheid om te reglementeren in het vizier kwam van het Comité voor Studie en Wetgeving, op dat ogenblik al een eerbiedwaardige oude dame. Gommaar Van Oosterwyck had in dossier 6190 een overzicht van de evolutie van de interpretatie van de reglementen die over tarief handelden opgenomen³. In dossier 1919, eveneens uit de periode van de jaren negentig, kruisten de commissieleden De Valkeneer, Demblon, Taymans, Deliège en Raucent op hun beurt de degens om verder te onderzoeken in welke mate er wel een echte reglementerende bevoegdheid bestond binnen het notariaat en wat hiervan de draagwijdte was⁴. De maximalistische opvatting werd wat gemilderd in die zin dat de afdwingbaarheid van de reglementen in vraag gesteld werd. Het debat is wel wat achterhaald door de wetswijzigingen van 1999, waarover verder, maar bevat misschien elementen die ook nu nog perspectieven biedt. Wat is de waarde van de reglementerende bevoegdheid vandaag? Dat is de uitdaging waarvoor ik stond bij het uitschrijven van deze tekst.

¹ Voor de evolutie van de wetgeving zie: C. DE WULF, “De inrichting van het notarisambt in Frankrijk, België en Nederland – De evolutie van de wet van 25 Ventôse en de huidige toestand” in *Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche*, die Keure, 2019, blz. 252-258.

² J. DEMBLON, “Le pouvoir réglementaire des assemblées de notaires”, *Rev.prat.not.b.* 1963, blz. 325-340 en 357-377.

³ Dossier 6190 in *Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving, Jaar 1991-1992*, Imprimerie J. Ducolot, 418-419; Zie ook G. VAN OOSTERWYCK, *Inrichting van het notariaat en deontologie van het beroep*, Cursusnota’s 1993-1994, Vrije Universiteit Brussel, blz. 325-326.

⁴ Dossier 1919 in *Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving, Jaar 1991-1992*, Imprimerie J. Ducolot, 331 e.v.

2. Alvorens verder in te gaan op de problematiek van de reglementerende bevoegdheid past het even te blijven stilstaan bij de bijzondere bevoegdheden inzake boekhouding. Het vroegere artikel 33 voorzag dat de Kamers van Notarissen dienden te bepalen hoe de boekhouding moest worden gevoerd en welke boeken dienden gehouden te worden. Deze bevoegdheid moest worden gezien in het kader van het toezicht op de boekhouding, zoals dat toezicht in ieder arrondissement werd georganiseerd om de commissie van toezicht op de boekhouding toe te laten haar controletaak uit te oefenen⁵. Deze regelende bevoegdheid was zeer beperkt en is niet vergelijkbaar met de uitgebreide regeling die nu op dat vlak geldt. Men zou kunnen stellen dat het eerder ging om een praktische uitwerking van de wettelijke voorschriften inzake het toezicht van de boekhouding dan wel om een echte autonome regelende bevoegdheid. De voorschriften werden trouwens niet onderbouwd door een goedkeuring in algemene vergadering in het kader van beraad over de uitoefening van het ambt. Deze reglementen met een zeer specifieke inhoud worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

3. Het onderzoek door het CSW dat het uitgangspunt is van deze bedenkingen, spitste zich toe op de bevoegdheid van de algemene vergadering om zich te beraden over alle aangelegenheden die het notariaat aanbelangen en de bevoegdheid van de Kamer van Notarissen om het korps te vertegenwoordigen. De analyse leidde tot het onderscheid tussen de externe bevoegdheid (vertegenwoordiging) en de interne bevoegdheid (gedraglijnen). De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de Kamer bood onder het stelsel van het Nivosebesluit geen soelaas aan voorstanders van de ambitie om de Kamer een reglementerende bevoegdheid toe te kennen, terwijl de interne bevoegdheid van de algemene vergadering onder hetzelfde stelsel wel leidde tot een reglementerende bevoegdheid met dien verstande dat de bindende kracht van de reglementen zeer relatief was. Er bestonden, alleszins tot einde 1999, geschreven notariële tradities, die zowel elementen van deontologie bevatten als regels van notariële praktijk. Daarnaast werd per arrondissement een aanvullend tarief opgesteld dat de salarissen en erelonen die niet in het tariefbesluit waren opgenomen regelde. Dergelijk aanvullend tarief zou nu zonder meer gekwalificeerd worden als een geheel van prijsafspraken⁶. Vermits het ging om zogenaamde reglementen die per arrondissement werden vastgelegd, nam de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat initiatieven om deze reglementen in de 26 arrondissementen op elkaar af te stemmen en zo te komen tot een zekere mate van eenvormigheid. De Koninklijke Federatie had evenwel geen autonome reglementerende bevoegdheid zodat het succes van deze initiatieven enkel maar kon worden bereikt door goedkeuring in ieder arrondissement afzonderlijk, een omslachtige procedure. Men kan niet ontkennen dat onder dit stelsel met kleinere arrondissementen de niet al te omvangrijke algemene vergaderingen het kloppend hart van het notariaat

⁵ A. VAN DEN BOSSCHE, "De bevoegdheden der tuchtkamers der notarissen", *T.Not.* 1980, blz. 269.

⁶ Voor een grondige studie zie: A. VAN DEN BOSSCHE, "Vrije beroepen in een openmarkteconomie: van corporatisme naar professionele dienstverlening met vrije mededinging", *Ius & Auctores* 2007/2, blz. 31-40.

konden vormen. De teksten werden gedragen door het plaatselijk korps. Het democratisch overlegorgaan vond voor iedere individuele notaris aan zijn voordeur plaats en niet in het verre Brussel of de provinciehoofdstad. Wat is daarvan overgebleven?

4. Bij de hervorming van het notariaat door de wetten van 4 mei 1999 ontstond een volledig nieuwe situatie. De koppeling van de reglementerende bevoegdheid aan een brede maar enigszins onduidelijke bevoegdheid om “zich te beraden over aangelegenheden die de uitoefening van het ambt betreffen” werd verlaten voor een specifieke wettelijke reglementerende bevoegdheid. De invoering van de mogelijkheid om aan organen van het notariaat een bindende reglementerende bevoegdheid toe te kennen stuitte wel op bezwaren van de Raad van State⁷. In de commissie van Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd daarom onderlijnd dat de reglementen van de genootschappen slechts bindende kracht hebben ten aanzien van de leden van het genootschap mits goedkeuring door de Koning⁸. Dezelfde overwegingen kwamen ook aan bod bij de bespreking van de reglementerende bevoegdheid van de Nationale Kamer⁹. Om aan het grondwettelijk bezwaar van de Raad van State tegemoet te komen werd in artikel 69, 2° en artikel 91, 3e laatste lid OWN de noodzaak van goedkeuring bij koninklijk besluit opgelegd om het reglement afdwingbaar te maken¹⁰. Bovendien bleef de Koning een eigen recht behouden om te reglementeren. Zowel de genootschappen als de Nationale Kamer staan als het ware onder voogdij van de Koning, lees de minister van Justitie. We staan hier zeer ver van de in 1963 verkondigde maximalistische interpretatie die aan reglementen toen een rechtstreeks werking toekende¹¹. Voor de grote hervorming durfde een auteur nog besluiten: “En bref, contrairement à l’opinion courante, les règlements sont obligatoires.”¹² Toen een gedurfde uitspraak die ook vandaag voortvarend klinkt.

5. De invoering van de reglementerende bevoegdheid ging gepaard met territoriale schaalvergroting. Tot 2000 waren reglementen in de eerste plaats een arrondissementele, lees een plaatselijke, aangelegenheid. De 26 arrondissementen hadden ieder eigen reglementeringen en er kon maar sprake zijn van een nationaal reglement als er in iedere arrondissement eenzelfde tekst werd goedgekeurd, een moeilijke weg. Deze werkwijze had wel tot gevolg dat de notarissen ter plaatse bij de totstandkoming van de reglementering betrokken waren. Dit was een vorm van plaatselijke zeggenschap over het reilen en zeilen van het beroep. In 2000 werd de corporatieve inrichting van het notariaat territoriaal grondig herschikt: 26 algemene vergaderingen worden 11 provinciale

⁷ Doc. Kamer, nr. 1432/1, blz. 70.

⁸ *Idem*.

⁹ Doc. Kamer 1432/19, 176-178.

¹⁰ Zie hierover A. MICHIELENS, “De Nationale Kamer en haar reglementen” in *Liber Amicorum Christian De Wulf*, die Keure, 2003, blz. 322.

¹¹ J. DEMBLON, *o.c.*, blz. 337 e.v., nrs. 27-37.

¹² J. DEMBLON, *o.c.*, blz. 341, nr. 37, *in fine*.

genootschappen met hun zetel in de provinciehoofdplaats¹³. De gemiddelde afstand tussen kantoor en zetel van het genootschap werd heel wat groter; het is voor veel notarissen iets verder weg. Deze reorganisatie van de corporatieve inrichting van het notariaat heeft allicht gevolgen gehad voor de betrokkenheid van de individuele notarissen, zeker in de vroegere kleine arrondissementen. Bovendien heeft de territoriale schaalvergroting tot gevolg dat de bijeenkomsten niet meer in relatief beperkte groep gehouden worden maar dat het aantal aanwezigen in sommige genootschappen uitzonderlijk omvangrijk is geworden¹⁴. Is het nog wel mogelijk een debat te houden over alles wat het notariaat en de uitoefening van het beroep aangaat? Heeft dit gevolgen voor de betrokkenheid van de individuele notaris? Het lijkt erop dat *de facto* het democratisch gehalte van de vergadering achteruitgaat. De tijd van de “familiale” bijeenkomsten in de kleinere arrondissementen waar vrijuit van gedachten kon worden gewisseld tussen partners die elkaar kenden, is definitief voorbij.

6. De vrij algemene bewoordingen van het Nivosebesluit om zich te beraden over de aangelegenheden die belangrijk zijn voor het beroep, zijn niet terug te vinden in de huidige teksten van artikelen 69 en 91. Beraad op zichzelf kan dus niet meer tot regulering leiden. Integendeel, voor de genootschappen blijft zelfs enkel de bevoegdheid behouden om regels vast te stellen die betrekking hebben op de notariële praktijk, een mager beestje. Deze regels vormen dan wel een soort verkeersreglement tussen notarissen maar ook niet meer. Dergelijk reglement raakt niet aan de inhoud van het beroep¹⁵. En als een genootschap haar recht om te reglementeren dan toch gebruikt, moet zij er nog rekening mee houden dat de Nationale Kamer het reglement kan vernietigen. De wet voorziet uitdrukkelijk dat de genootschappen bij de uitoefening van de bevoegdheid om regels vast te stellen voor de notariële praktijk, geen afbreuk mogen doen aan de bevoegdheid van de Nationale Kamer. De Nationale Kamer heeft immers op haar beurt de bevoegdheid om eveneens de notariële praktijk te reglementeren¹⁶. Als men daarnaast dan nog in het nieuwe tweede lid van artikel 90 leest dat de Nationale Kamer toezicht uitoefent over de Kamers van Notarissen, kan men niet ontkennen dat er weinig overblijft om plaatselijke invloed uit te oefenen op de beoefening van het beroep. Los van de vraag of dit een gelukkige evolutie is, is er een duidelijke tendens om te centraliseren op een manier waarop zelfs Lodewijk XIV en Napoleon I jaloers zouden zijn. Het valt bovendien op dat noch

¹³ Deze schaalvergroting is inmiddels achterhaald door de hervorming van indeling van het land in grotere gerechtelijke arrondissementen die de administratieve provinciale indeling overlapt. Wet 1 december 2013, *BS* 10 december 2013.

¹⁴ De algemene vergadering van het genootschap van de provincie Antwerpen telde in november 2022 in totaal 314 leden.

¹⁵ Artikel 1, tweede lid van het algemeen reglementair kader met betrekking de regels van de notariële praktijk stelt als beginsel dat het reglement enkel betrekking heeft op onderlinge verhoudingen tussen notarissen om de behoorlijke uitoefening van het ambt ... te bevorderen.

¹⁶ Artikel 91, 1°: ... een algemeen reglementair kader vast te stellen waarbinnen de bevoegdheden van de genootschappen van notarissen bedoeld in artikel 69, 2° en 5° ... uit te oefenen.

het nationaal algemeen kader met betrekking tot de regels van de notariële praktijk, noch enig arrondissementeel reglement door de Koning bekrachtigd werd.

7. Inhoudelijk is de uitoefening door de genootschappen van reglementaire bevoegdheden begrensd. Op dat vlak is de discussie binnen het CSW in dossier 6190 bijzonder boeiend¹⁷. In artikel 20 van de Nationale Tradities, waarvan de goedkeuring in ieder arrondissement noodzakelijk was om er nationale werking aan te geven, werd voorzien dat een aandeel in het ereloon dat door een notaris aan zijn confrater verschuldigd was binnen de maand moest worden betaald “bij gebreke waarvan het deel van de erelonen van de tweede of tussenkomende notaris van rechtswege verhoogd zal worden met de wettelijke interest vanaf de datum van de akte tot de dag van de betaling”. Verschillende argumenten komen aan bod maar voor de inhoudelijke begrenzing van het reglement is de vaststelling dat de verhoging zonder ingebrekestelling van toepassing was, aanleiding tot een boeiend debat. Kon men op die wijze afwijken van de vereiste van ingebrekestelling voorzien in van artikel 1139 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de inhoud thans terug te vinden is onder artikel 5.231 van het nieuwe wetboek? Het comité was van oordeel, blijkbaar niet unaniem, dat de verhoging zonder ingebrekestelling strijdig was met het verbintenisrecht. Deze discussie illustreert dat, ook na de invoering van de bevoegdheid om te reglementeren, een reglement de toets met de wetgeving moet doorstaan. Een reglement *contra legem* zal bij dwanguitvoering botsen met de wet en daardoor onwerkzaam zijn. De bekrachtiging door de Koning zal hier niet helpen omdat ook hier de wet blijft primeren. Dat wisten we dus al voor de grote hervorming van het notariaat.

8. De beperking van de inhoudelijke bevoegdheid wordt thans ook nog beïnvloed door de nieuwe tekst van artikel 14, § 2 van het koninklijk besluit van 16 december 1950 houdende het tarief van de honoraria der notarissen dat de verdelingsregels vaststelt “behoudens andersluidende schriftelijke overeenkomst tussen de betrokken notarissen”¹⁸. Verdwijnen de verdelingsregels die nog ingeschreven staan in artikel 24 van het niet bekrachtigde algemeen reglementair kader nu in de prullenmand? En is er dan nog ruimte om hier in een reglement van af te wijken? De beperkte mogelijkheid om af te wijken bij overeenkomst biedt weinig perspectief vermits er uitdrukkelijk voorzien wordt dat die afwijking maar kan worden overeengekomen tussen de betrokken notarissen. Het argument dat wat bij overeenkomst kan worden geregeld, ook in een reglement kan worden opgenomen, kwam reeds aan bod in het geciteerde dossier 6190 en werd daar al afgewezen. De toen gevolgde redenering zou nu nog aan kracht winnen omdat de uitdrukkelijke beperking tot de betrokken notarissen werd opgenomen, beperking die in de tekst van 1990 niet voorzien was. Deze recente wetswijziging illustreert nogmaals hoe de bevoegdheid om regulerend

¹⁷ Zie voetnoot 3.

¹⁸ Art. 10 KB 22 november 2022, BS 22 december 2022.

op te treden voortdurend ingeperkt wordt en bijna onbetekenend is geworden op arrondissementeel vlak.

9. Deze beschouwingen over de reglementerende bevoegdheid van de genootschappen maken duidelijk dat de rechtstreekse invloed van een notaris op zijn corporatief leven op dit ogenblik veeleer beperkt is, om niet te zeggen vrijwel onbestaand. Men kan zich afvragen of de twee algemene vergaderingen die in artikel 70 van de Notariswet opgelegd worden, op het vlak van corporatieve besluitvorming nog wel zin hebben. Behoudens de verkiezingen van de leden-notarissen in de diverse organen en de begroting, worden alle interessante bevoegdheden op een ander niveau geregeld. Dat komt allicht de uniformiteit en de doeltreffendheid ten goede maar dan wel ten koste van betrokkenheid van ieder individueel lid van het korps. Het zwaartepunt van de arrondissementele algemene vergadering ligt nu bij de informatie over het reilen en zeilen van de centrale organen zoals de Koninklijke Federatie (Fednot) en de Nationale Kamer. Dit staat wel ver af van een echt beraad over alles wat het notariaat aanbelangt, zoals dit voor 2000 zo aanlokkelijk geformuleerd en uitgelegd werd. Niets belet evenwel de bespreking van de informatie op een algemene vergadering aan te wenden om een debat in te leiden “over wat het notariaat aanbelangt”. Hebben de notarissen naast de wetgeving en de reglementen nog wel nood aan een normatief kader, al dan niet plaatsgebonden? Goede betrekkingen tussen confraters komen niet tot stand door reglementen maar wel door hoffelijke samenwerking. Kan dit bereikt worden door afspraken en “gedragscodes die zijn neergelegd in instrumenten waaraan geen juridisch bindende kracht is toegekend maar die desondanks een zeker – indirect – rechtsgevolg hebben en die bedoeld zijn om een praktisch effect te sorteren”¹⁹? Dat is *soft law* – in tegenstelling tot *hard law* is die niet bindend – maar toch een belangrijke inspiratie om kritisch na te denken over de verhoudingen tussen notarissen onderling en de notarissen en de bevoegde reglementerende autoriteiten. *Soft law* kan de werking van de genootschappen dynamiseren en de betrokkenheid van de individuele notaris versterken. De inspiratie van het Nivosebesluit kan verder blijven leven en vormt op die wijze ook vandaag nog een uitnodiging tot reflectie. Heimwee naar “the good old times” helpt niemand vooruit, de zoektocht naar overleg en inspiratie wel en daar is er op het plaatselijk niveau wel een forum: het genootschap.

¹⁹ Deze definitie van *soft law* werd ontleend aan M. HEENE, “Deugdelijk bestuur in beursgenoteerde vennootschappen”, *NJW* 2010, 229, blz. 647.

AANZUIGEFFECT VAN DE GERECHTELIJKE VEREFFENING- VERDELING

Sven MOSSELMANS

1. Eens de gerechtelijke vereffening-verdeling is bevolen, kunnen de deelgenoten de vereffening-rechter in beginsel niet meer rechtstreeks aanspreken¹. De deelgenoten moeten zich in eerste instantie tot de notaris-vereffenaar richten. Alle geschilpunten inzake de gerechtelijke vereffening-verdeling worden als het ware “aangezogen” ingevolge het rechterlijke bevel tot vereffening-verdeling. Het is in voorkomend geval de notaris-vereffenaar die zich tot de rechter zal wenden via een (tussentijdse) bezwarenprocedure. De deelgenoten zijn bijgevolg afhankelijk van de notaris-vereffenaar. Nemen zij wars van de hangende vereffening-verdeling op het notariële terrein zelf initiatief in rechte, dan is hun vordering niet toelaatbaar of ontvankelijk².

2. Op dit zogenoemde “aanzuigeffect” van de gerechtelijke vereffening-verdeling (richting de notaris-vereffenaar) gelden enkele uitzonderingen en temperingen. Partij-initiatieven na het rechterlijke bevel tot vereffening-verdeling zijn inderdaad mogelijk, zij het slechts bij wijze van (strikte³) uitzondering en tempering.

3. In zijn arrest van 9 maart 2020 heeft het Hof van Cassatie weliswaar het beginsel bevestigd in die zin dat (1) uit de (oude) artikelen 1207 en volgende Ger.W.⁴ volgt dat, zodra een gerechtelijke vereffening-verdeling is geïnitieerd, betwistingen die verband houden met de vereffening-verdeling slechts in het

¹ Gent 4 februari 2016, *T.Not.* 2016, 191.

² B. LUYTEN, “Enkele bedenkingen bij de procedure van gerechtelijke verdeling”, *T.Not.* 1995, 397-399, nrs. 27-32; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, “Overzicht van rechtspraak (1996-2004): Erfenissen”, *TPR* 2005, 662-663, nr. 312; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 291-292, nr. 531; T. VAN SINAY, *Handboek gerechtelijke verdeling*, Gent, Larcier, 2010, 280-288, nrs. 413-419.

³ Zie voor een omstandige bespreking van de bedoelde (strik op te vatten) uitzonderingen en temperingen: C. DE BOE, “Les incidents pendant le cours de la phase notariale de la liquidation-partage judiciaire”, *RNB* 2022, 410-444.

⁴ Het bedoelde aanzuigeffect van de gerechtelijke vereffening-verdeling geldt *a fortiori* onder toepassing van de art. 1207 e.v. Ger.W., zoals herschreven bij wet van 13 augustus 2011 houdende hervorming van de procedure van gerechtelijke vereffening-verdeling (*BS* 14 september 2011), die op 1 april 2012 in werking is getreden (vgl. het oude art. 1212 Ger.W. en het nieuwe art. 1214, § 5 Ger.W.; zie bv. ook C. DE BOE, “Les incidents pendant le cours de la phase notariale de la liquidation-partage judiciaire”, *RNB* 2022, 411-412, nr. 3; R. ELSERMANS, “De bevoegdheidsverdeling tussen de rechtbank en de notaris-vereffenaar in de gerechtelijke vereffening-verdeling” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 274-275, nr. 13; S. MELIS, “De (on)mogelijkheid voor deelgenoten om de rechter rechtstreeks te vatten tijdens een gerechtelijke vereffening-

raam van deze procedure kunnen worden aangebracht, (2) deze betwistingen op uitsluitend initiatief van de notaris-vereffenaar bij de vereffening-rechter aanhangig kunnen worden gemaakt door neerlegging van een proces-verbaal van bezwaren en (3) betwistingen die verband houden met de vereffening-verdeling vanaf dan niet meer door de deelgenoten middels een afzonderlijke procedure voor de vereffening-rechter kunnen worden aanhangig gemaakt. Het Hof van Cassatie vervolgt evenwel dat een vordering die geen verband houdt met de vereffening-verdeling omdat zij geen invloed heeft op de omvang van de onverdeeldheid of de wijze van verdeling ervan, daarentegen te allen tijde middels een afzonderlijke procedure kan worden ingesteld, ook al werd dezelfde vordering reeds in het raam van de vereffening-verdeling ingesteld. Het Hof besluit dat de *in casu* bedoelde aanspraak van een deelgenoot tot terugvordering van gelden van een andere deelgenoot mogelijk is middels een afzonderlijke procedure, aangezien (blijkens de niet in cassatie bekritiseerde vaststelling van de appelrechtters) de aanspraak kan worden losgekoppeld van de hangende vereffening-verdeling. Dat de aanspraak al eerder (vergeefs) was geformuleerd in het raam van de hangende vereffening-verdeling, vormt geen struikelblok⁵.

Los van het specifieke geval van een vordering die geen verband houdt met de vereffening-verdeling, bestendigt het Hof van Cassatie de centrale gedachte dat, behoudens voor de geschilpunten die de vereffening-rechter reeds *ab initio* heeft beslecht (art. 1209, § 1 Ger.W.), de notaris-vereffenaar als eerste trancherende instantie fungeert⁶. Ingevolge de hangende gerechtelijke vereffening-verdeling heeft de notaris-vereffenaar een substantiële beoordelingsbevoegdheid voor in beginsel alle geschilpunten tussen de deelgenoten met een impact op de vereffening-verdeling⁷. Dit betekent dat de notaris-vereffenaar als eerste het recht en

verdeling”, noot onder Cass. 10 maart 2022, *RABG* 2022, 749-750, nr. 3; T. VAN SINAY, “Geschillen in en rond de gerechtelijke verdeling”, *T.Fam.* 2021, 120-121, nr. 12).

⁵ Cass. 9 maart 2020, *RABG* 2020, 1283, noot B. VERLOOY, *RABG* 2020, 1567, *RW* 2020-21, 701, *TEP* 2020, 100, *T.Fam.* 2021, 118, noot T. VAN SINAY en *T.Not.* 2020, 658.

⁶ C. DECLERCK, “Draaiboek van een vereffening-verdeling” in W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.), *Themischahier familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 11, nrs. 17-18; C. ENGELS, *Procesrecht in verband met het notariaat*, Brugge, die Keure, 2010, 169-170, nrs. 253-254; Ch. SLUYTS, “Notariële en procesrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling” in W. PINTENS en F. BUYSENS, *Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, Maklu, 1993, 193, nr. 313; L. WEYTS, “Hoe actief mag de notaris zijn bij gerechtelijke vereffeningen”, *T.Not.* 2011, 136, nr. 1; T. VAN SINAY, “Geschillen in en rond de gerechtelijke verdeling”, noot onder Cass. 9 maart 2020, *T.Fam.* 2021, 121-124, nrs. 25-27.

Anders, wat de herroeping/ontbinding/vernietiging van giften betreft: J. VERBIST, “De notaris, medewerker van het gerecht en het Hof van Cassatie: één jaar cassatierechtspraak” in C. DE WULF, M. OP DE BEECK en J. VERSTRAETE (eds.), *Liber amicorum Aloïs Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, 420-424, die stelt dat dienaangaande geen taak is weggelegd voor de notaris-vereffenaar.

Vgl. ook Antwerpen 12 maart 2019, *TEP* 2019, 302 en *T.Not.* 2019, 837, waar de appelrechtters oordelen dat, hoewel de betwisting over de geldigheid/nietigheid van een beding van aanwas met de vraag tot voeging van het bedoelde vastgoed bij het te vereffenen en verdelen vermogen, dit vermogen beïnvloedt, het niet gaat om een geschil binnen de vereffening-verdeling. De appelrechtters vervolgen dat de beslechting van het geschil bijgevolg geen deel uitmaakt van de algemene opdracht tot vereffening-verdeling van de notaris-vereffenaar.

⁷ Zie dienaangaande zeer omstandig en naar recht: T. VAN SINAY, “Geschillen in en rond de gerechtelijke verdeling”, noot onder Cass. 9 maart 2020, *T.Fam.* 2021, 121-124, nrs. 18-21.

de plicht heeft om de (resterende) geschilpunten te beoordelen en daarvoor een oplossing voor te stellen. Hij heeft echter geen rechtsprekende of gedingbeslissende bevoegdheid. Zijn standpunten zijn pas definitief indien de deelgenoten ze aanvaarden. Maken zij bezwaren, dan oordeelt de vereffeningrechter met rechtsprekende en gedingbeslissende bevoegdheid.

De geëigende wisselwerking tussen de vereffeningrechter en de notaris-vereffenaar botst als zodanig niet met het door artikel 6.1 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces, met dien verstande dat de vereffeningrechter als instantie binnen het ruimere gerechtelijke overheidsapparaat erop moet toezien dat de gerechtelijke vereffening-verdeling enigszins binnen een redelijke termijn verloopt⁸.

4. De bestedinging door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 9 maart 2020 van voormelde centrale gedachte was welgekomen, mede gelet op zijn eerdere arresten van 26 oktober 2017⁹ en 1 februari 2018¹⁰. In deze arresten oordeelt het Hof dat, daar waar termijngelaten¹¹ vorderingen aan de orde zijn, zoals (in het eerste geval) een vordering tot herroeping of vernietiging van een schenking aan een erfgenaam of (in het tweede geval) een vordering tot nietigverklaring met toepassing van artikel 224 oud BW, geen enkele wetsbepaling eraan in de weg

Anders: G. DEKNUDT en E. DHAENE, “Cassatie 9 maart 2020: formuleert u uw vordering voor de notaris-vereffenaar of bij de rechtbank? Het Hof van Cassatie geeft blijk van een onaflijnbare aflijning”, *Nieuwsbrief notariaat* 2020, nr. 10, p. 10-13 (meer uitgebreid: G. DEKNUDT en E. DHAENE, “Gerechtelijke vereffening-verdeling: (alternatieve visie) over de taak van de advocaat, de rechtbank en de notaris”, *RW* 2020-21, 1402-1423). Deknudt en Dhaene stellen, compleet haaks op de klassieke visie die uitgaat van een “aanzuigefect” van de vereffening-verdeling richting de notaris-vereffenaar in die zin dat vorderingen met een impact op de vereffening-verdeling bij de notaris-vereffenaar moeten worden ingesteld, dat enkel betwistingen omtrent de eigenlijke verrichtingen van vereffening-verdeling moeten worden ingesteld overeenkomstig de bijzondere rechtspleging van de art. 1207 e.v. Ger.W. Enkel voor deze betwistingen zou de notaris-vereffenaar als “eerste trancherende instantie” fungeren. Voor de andere vorderingen die tussen de deelgenoten worden ingesteld, ook al hebben zij een invloed op (de omvang van) de onverdeeldheid, wordt volgens Deknudt en Dhaene niet in de wet bepaald dat de notaris-vereffenaar rechtsmacht zou hebben om zich hierover uit te spreken als “eerste trancherende instantie”. Zij denken daarbij bv. aan een vordering tot nietigverklaring van een testament van de erfflater of een vordering tot toepassing van de helingssanctie. Deze vorderingen moeten volgens Deknudt en Dhaene worden behandeld overeenkomstig het algemene procesrecht.

⁸ EHRM 28 november 2000, Siegel t. Frankrijk, *RTDF* 2001, 759, noot Y.-H. LELEU; EHRM 3 oktober 2003, Kanoun t. Frankrijk, *RTDF* 2000, 891, noot B. VAREILLE; T. VAN SINAY, “Geschillen in en rond de gerechtelijke verdeling”, noot onder Cass. 9 maart 2020, *T.Fam.* 2021, 126-127, nr. 25.

⁹ Cass. 26 oktober 2017, *RABG* 2018, 411, noot B. VERLOOY en *T.Not.* 2018, 94, noot J. VERSTRAETE. Het Hof van Cassatie verwijst de zaak naar het hof van beroep te Brussel, dat uitspraak doet bij arrest van 30 april 2019 (*T.Not.* 2019, 995).

¹⁰ Cass. 1 februari 2018, *RW* 2018-19, 297, noot en *T.Not.* 2018, 515, noot; C. DECLERCK en B. VAN DEN BERGH, “Actualia vereffening-verdeling – Materieel- en procesrechtelijke aspecten” in A.-L. VERBEKE, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Themischahier familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 73-74, nr. 46.

¹¹ Vgl. Antwerpen 19 december 2018, *T.Not.* 2019, 339, waarbij de appelrechtters oordelen dat deze cassatierechtspraak in algemene zin moet worden begrepen en meer precies in die zin dat het Hof van Cassatie zou afzien van het beginsel dat deelgenoten geen rechtstreeks initiatiefrecht hebben voor aanspraken (vgl. C. DECLERCK, “Kroniek secundair huwelijksvermogensstelsel” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2019*, Brugge, die Keure, 2019, 14, nr. 23).

staat dat de belanghebbende deelgenoot, wars van de hangende vereffening-verdeling, (bij verjaring-stuitende dagvaarding in de zin van artikel 2244 oud BW) een parallelle procedure initieert, ongeacht de weerslag ervan op de omvang van de te vereffenen en te verdelen boedel. In het eerste geval beklemtoont het Hof van Cassatie dat anders erover oordelen, tot gevolg zou hebben dat de deelgenoten in de notariële fase van de procedure tot vereffening-verdeling, waarbinnen enkel de notaris-vereffenaar middels een (tussentijds) proces-verbaal van bezwaren aanhangig kan maken bij de rechtbank, over geen enkele mogelijkheid zouden beschikken om de bedoelde vordering tijdig in te stellen. In het tweede geval verwerpt het Hof van Cassatie de beoordeling van de appelrechters volgens wie om tal van (inzonderheid proceseconomische) redenen hangende een gerechtelijke vereffening-verdeling parallelle procedures moeten worden vermeden. Zo niet, zou overigens, aldus de appelrechters, de in artikel 1209, § 1 Ger.W. bedoelde appreciatiebevoegdheid om reeds voorafgaand aan de notariële werkzaamheden en zonder het advies van de notaris-vereffenaar geschillen te beslechten, worden gefnuikt.

Gelet op de artikelen 2244, § 1, eerste lid *juncto* 2247 oud BW en de te streng overkomende cassatierechtspraak rijst de vraag of het algemeen geformuleerde artikel 1209, § 1 Ger.W. niet mee zou kunnen dienen, (ook) na de inleidingsfase¹², om verjaringstuitende vorderingen te ontvangen en (eenvoudig) door te verwijzen naar de notaris-vereffenaar¹³.

5. Hoewel het Hof van Cassatie in een later arrest van 9 september 2021 mogelijk enigszins anders laat uitschijnen¹⁴, blijkt het, in de feitelijke omstandigheden die aan het arrest ten grondslag liggen¹⁵, geenszins de bedoeling in te gaan tegen het aanzuigeffect van de gerechtelijke vereffening-verdeling, zoals centraal gesteld in voormeld arrest van 9 maart 2020¹⁶. In de voorliggende complexe en aanslepende zaak oordeelde het Hof van Cassatie in lijn met de pro-

¹² *Rubrica non fit ius.*

¹³ Zie hierover uitgebreid: S. MOSSELMANS, “Wanneer geldt facultatieve rechterlijke geschilpuntbeslechting inzake de gerechtelijke vereffening-verdeling” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2020*, Brugge, die Keure, 2020, 157-174; zie ook Gent 7 oktober 2021, inzake met nr. 2020/FA/31, onuitgegeven; T. VAN SINAY, “Geschillen in en rond de gerechtelijke verdeling”, *T.Fam.* 2021, 128, nr. 30.

¹⁴ G. DEKNUDT en E. DHAENE “Cassatie 9 september 2021: vorderingen met een weerslag op de omvang van de boedel kunnen toch afzonderlijk worden ingesteld”, *Nieuwsbrief notariaat* 2022, nrs. 5-6, p. 13-16.

¹⁵ De eisers tot cassatie hadden na het overlijden van de langstlevende van de ouders een optie gelicht tot aankoop van aandelen behorende tot de nalatenschappen van de ouders. De eisers tot cassatie hadden een vordering ingesteld tegen de algemene legatarissen (de andere kinderen) van de ouders bij de ondernemingsrechtbank teneinde deze aandelen op hun naam in te schrijven in het aandeelhoudersregister. De verweerders hadden een tegenvordering tot betaling van de prijs van de aandelen ingesteld.

¹⁶ Zie ook S. MELIS, “De (on)mogelijkheid voor deelgenoten om de rechter rechtstreeks te vatten tijdens een gerechtelijke vereffening-verdeling”, noot onder Cass. 10 maart 2022, *RABG* 2022, 750-752, nr. 4.

ceseconomische beslissing van de appelrechters¹⁷ dat een vordering tegen een deelgenoot tot betaling van de prijs van de aandelen die deze door optielichting van de nalatenschap heeft verkregen, in een afzonderlijke procedure kan worden ingesteld en niet enkel in het raam van de gerechtelijke vereffening-verdeling, ook al heeft een dergelijke vordering een weerslag op de omvang van de te vereffenen en verdelen boedel¹⁸.

Het bedoelde aanzuigeffect wordt eens te meer duidelijk in twee cassatiearresten van 10 maart 2022¹⁹. In beide arresten stelt het Hof van Cassatie voorop dat uit de (oude) artikelen 1207 en volgende Ger.W. en de centrale rol van de notaris als notaris-vereffenaar in een gerechtelijke vereffening-verdeling volgt dat geschillen die verband houden met de notariële werkzaamheden tot vereffening-verdeling in de regel enkel in het raam van de gerechtelijke vereffening-verdeling kunnen worden aangebracht en enkel door de notaris-vereffenaar door de neerlegging van een proces-verbaal van bezwaren bij de vereffening-rechter kunnen worden aanhangig gemaakt. Deelgenoten kunnen bijgevolg, in de regel, geen geschillen met betrekking tot de notariële werkzaamheden tot vereffening-verdeling rechtstreeks bij de vereffening-rechter aanhangig maken²⁰. Het Hof vervolgt dat deelgenoten die een onderzoeksmaatregel zoals een overlegging van stukken²¹ of een deskundigenonderzoek²² wensen, hun verzoek daartoe tot de notaris-vereffenaar dienen te richten. Slechts wanneer de notaris-vereffenaar ontijdig dan wel geen passend gevolg hieraan geeft, kunnen de deelgenoten zich

¹⁷ De appelrechters verklaarden voormelde tegenvordering ontvankelijk én gegrond, met de volgende motivering: (1) de tegenvordering tot betaling van de optieprijs strekt louter tot uitvoering van overeenkomsten, (2) dat de contractspartijen deelgenoten zijn in de vereffening-verdeling kan hieraan geen afbreuk doen, (3) de procedure heeft niets te maken met familiaal vermogensrecht, maar wel met koopverkooprecht en vennootschapsrecht en (4) de vordering hangt onlosmakelijk samen met de vordering van eisers die betrekking heeft op de leveringsplicht van de aandelen. De appelrechters voegen eraan toe dat dan in het raam van de vereffening-verdeling rekening moet worden gehouden met een veroordeling tot betaling van de optieprijs.

¹⁸ Cass. 9 september 2021, *RW* 2021-22, 900 en *T.Not.* 2022, 396, noot L. WEYTS.

¹⁹ Cass. 10 maart 2022 inzake C.20.0173.N, *RABG* 2022, 745, noot S. MELIS, *RNB* 2022, 732, noot G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE en *T.Not.* 2022, 621; Cass. 10 maart 2022 inzake C.21.0149.N, *P&B* 2022, 113, *RNB* 2022, 725, noot G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE en *T.Not.* 2022, 404, noot en 625.

²⁰ S. MELIS, “De (on)mogelijkheid voor deelgenoten om de rechter rechtstreeks te vatten tijdens een gerechtelijke vereffening-verdeling”, noot onder Cass. 10 maart 2022, *RABG* 2022, 753-754, nr. 6.

²¹ Cass. 10 maart 2022 inzake C.20.0173.N, *RABG* 2022, 745, noot S. MELIS, *RNB* 2022, 732, noot G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE en *T.Not.* 2022, 621.

²² Cass. 10 maart 2022 inzake C.21.0149.N, *P&B* 2022, 113, *RNB* 2022, 725, noot G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE en *T.Not.* 2022, 404, noot en 625.

Hierbij dient opgemerkt dat, aangezien het arrest is gewezen onder toepassing van de oude artt. art. 1207 e.v. Ger.W., het actuele art. 1213 Ger.W. (dat in § 3, bij wijze van uitzondering op het bedoelde aanzuigeffect, toelaat dat deelgenoten zich rechtstreeks tot de vereffening-rechter wenden met het oog op een deskundigenonderzoek) niet van toepassing is (zie wat betreft het overgangsrecht van voormelde wet van 13 augustus 2011: Cass. 2 november 2018, *RW* 2019-20, 224, noot van S. MOSSELMANS, “Temporele werking van de procedure tot vervanging van een notaris-vereffenaar”, *T.Fam.* 2019, 165, noot P. SENAËVE, “Het overgangsrecht van de wet van 13 augustus 2011 tot hervorming van de procedure vereffening-verdeling: eindelijk duidelijkheid” en *T.Not.* 2019, 49, noot van J. VERSTRAËTE, “Temporele werking van de nieuwe wet op de gerechtelijke verdeling: *Roma locuta, causa finita?*”; Cass. 4 juni 2020, *RW* 2020-21, 700, noot, *TEP* 2020, 108, noot en *T.Not.* 2021, 284).

krachtens van artikel 19, derde lid Ger.W. rechtstreeks tot de vereffening-rechter wenden. De deelgenoten kunnen verder bezwaren uiten ten aanzien van de notariële werkzaamheden die de notaris-vereffenaar, bij gebrek aan akkoord, bij de vereffening-rechter moet aanbrengen.

6. Op voormelde voorwaardelijke wijze kan een deelgenoot zich rechtstreeks tot de vereffening-rechter wenden teneinde een derde of een andere deelgenoot gevraagde informatie of stukken te doen meedelen²³.

Wettelijk bepaalde uitzonderingen op het bedoelde aanzuigefect zijn neergelegd in artikel 1211 Ger.W. aangaande de vervanging van de notaris-vereffenaar, artikel 1212 Ger.W. aangaande het beheer van de onverdeelde boedel en artikel 1213 Ger.W. aangaande het deskundigenonderzoek.

Verder kan een deelgenoot zich rechtstreeks tot de vereffening-rechter wenden wanneer de notaris in gebreke is gebleven, bijvoorbeeld door geen akte te nemen van een regelmatig opgeworpen geschilpunt.

7. Ten slotte kan een deelgenoot hangende de vereffening-verdeling nastreven om hem bij wijze van verrekenbaar voorschot minstens een gedeelte van zijn aandeel in de uiteindelijke verdeling toe te kennen²⁴. Dergelijke vordering kan op elk ogenblik tijdens de vereffening-verdeling worden gericht aan de familierechter hetzij in kort geding (art. 1253ter/4, § 1 Ger.W.) hetzij ten gronde (art. 19, derde lid Ger.W.). Dergelijke vordering kan daarentegen niet worden gericht aan de notaris-vereffenaar²⁵. Een soepele rechtspraak zou maken dat het debat in de hangende vereffening-verdelingen wordt beperkt tot de juridische

²³ Zie voor een kritische analyse C. DE BOE, “Les incidents pendant le cours de la phase notariale de la liquidation-partage judiciaire”, *RNB* 2022, 415-418, nr. 8, voor wie de cassatiearresten van 10 maart 2022 als “regrettable” overkomen, “parce qu’il bat en brèche le monopole du notaire-liquidateur, à qui le Code judiciaire confère le rôle de figure centrale et de ‘premier juge’ de la liquidation-partage” en verder 441-443, nr. 35 omtrent de afweging van het recht op bewijs van een (proces)partij ten aanzien van het principiële monopolie van de notaris-vereffenaar; vgl. evenwel G. DE LEVAL en J. VAN COMPERNOLLE, “À propos de deux récents arrêts de la cour de cassation relatifs à l’application de l’article 19, alinéa 3 du CJ en matière de liquidation-partage judiciaire”, *RNB* 2022, 699-704, die besluiten dat het gaat om zeer goede arresten “qui ne remédient pas à une lacune de la loi mais qui, grâce au droit fondamental d’accès au juge, comblent un vide dans les hypothèses exceptionnelles d’une défaillance du notaire qui n’agirait pas à temps ou de manière appropriée”.

²⁴ C. DECLERCK, “Omtrent voorschotten op het aandeel in de vereffening-verdeling” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.) *Patrimonium 2010*, Brugge, die Keure, 2010, 197-208; J. DU MONGH, “Elke deelgenoot heeft recht op een voorschot”, noot onder Brussel 6 december 2011, *T.Fam.* 2012, 164-168; T. VAN SINAY, “Nogmaals over voorschotten in een procedure van vereffening-verdeling”, noot onder Antwerpen 17 juni 2015, *T.Fam.* 2016, 45-51; A. VAN THIENEN en L. VOET, “De vereffening-verdeling van de huwgemeenschap en de nalatenschap: recente rechtspraak 2009-2013” in G. VERSCHULDEN (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat*, XXIV, Brugge, die Keure, 2014, 184-191, nrs. 83-93.

Zie bv. Brussel 6 december 2011, *T.Fam.* 2012, 161, noot J. DU MONGH; Antwerpen 17 juni 2015, *T.Fam.* 2016, 42, noot T. VAN SINAY; Brussel 14 november 2017, *RW* 2018-19, 1700; Rb. Oost-Vlaanderen (afd. Gent) 16 juni 2015, *RW* 2015-16, 1352.

²⁵ Brussel 14 november 2017, *RW* 2018-19, 1700; Brussel 6 december 2011, *T.Fam.* 2012, 161, noot J. DU MONGH.

essentie en verfoeilijke uitdroogstrategieën aan banden leggen. Naargelang de omstandigheden van het geval kunnen de toegekende voorschotten zowel uitkeringen in kapitaal uitmaken (*quod plerumque fit*) als periodieke uitkeringen, bijvoorbeeld in de vorm van een (gedeeltelijke) woonstvergoeding.

LES SOCIÉTÉS ET LES ASSOCIATIONS DE NOTAIRES : QUESTIONS PARTICULIÈRES ET LIBRES PROPOS

Fabrice MOURLON BEERNAERT

I. INTRODUCTION – OBJET DE L'ÉTUDE

1. Cent ans déjà. Depuis quelque temps déjà, le Comité d'étude et de législation du notariat belge m'a fait l'honneur de m'accueillir en son sein. Ce cercle de réflexion, composé de personnalités de tous horizons, bien au-delà des seuls notaires qui en forment le cœur, a été créé par la Fédération royale du notariat belge, il y a cent ans déjà. J'ai pu y rencontrer de brillants esprits, à la fois conceptuels et dotés d'un sens pratique remarquable. Les débats et les réflexions que nous menons sont toujours inspirés, au premier chef, par l'intérêt collectif. Je suis heureux de pouvoir, par cette contribution, participer au centenaire de ce comité scientifique, devenu, au fil du temps, une véritable institution dont les travaux font l'objet d'une publication au service de tous.

2. Objet de l'étude. Le point de vue de Candidé. La présente étude examine quelques questions relatives aux sociétés de notaires. Malgré son importance et ses particularités, ce sujet – certes spécifique – est relativement peu abordé par la doctrine¹, sauf par les premiers intéressés. Il m'a donc semblé propice à quelques réflexions d'un point de vue à la fois général et externe, en

¹ Cons. S. ANDRÉ, « L'exercice de l'activité notariale en société », *Rev. not. belge*, 2001, p. 538-552 ; J. LEDOUX et D. STERCKX, « La réforme du notariat et des actes notariés », *J.T.*, 2000, p. 209-225 ; Y. DECHAMPS, « Des sociétés de notaires, commentaire succinct », *Rev. not. belge*, 2001, p. 91-103 ; A. DELIÈGE, « Les sociétés de notaires », in *Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, L'exercice en société des professions libérales et les pratiques multidisciplinaires*, Liège, Jeune Barreau, 2000, p. 273-288 ; X., « Associatie van notarissen », *T. Not.*, 1997, p. 1-66 et le dossier comportant les contributions suivantes : H. JACOBS, D. MICHIELS et B. VAN DER MEERSCH, « Nieuwe bevoegdheden voor de notaris? », K. GEENS, « Vennootschapsrechtelijke aspecten van een associatie van notarissen », T. DENAYER, « Enkele fiscaalrechtelijke bedenkingen bij een voorstel tot invoering van een wettelijke reglementering voor associaties van notarissen in vennootschapsvorm », H. BERQUIN, « Een praktische kijk op een associatie van notarissen » ; J. DEMBLON, « La profession notariale peut-elle être exercée en société? », *Rev. not. belge*, 1992, p. 6-34 ; Y. DECHAMPS, « L'exercice de la profession de notaire en société », *Rev. not. belge*, 1990, p. 514-521 ; H. DU FAUX, « L'exercice de la profession de notaire en s.p.r.l. unipersonnelle est-il possible? », *Rev. not. belge*, 1991, p. 180-183 ; S. VANGOETSENHOVEN, « Het vrij beroep in vennootschapsverband: notarissen, advocaten en geneesheren », *Jura Falc.*, 2006-07, liv. 4, p. 595-722 ; M. TISON et H. DE WULF, « De notarisvennootschap bekeken door een vennootschapsrechtelijke bril », *Rechtskroniek voor het Notariaat*, 3, p. 67-93 ; F. TOP, G. VAN OOSTERWYCK, J. LEDOUX, J. MARTINY et A. MICHIELSENS, « Art. 52, par. 1, Ventôsewet – Betekenis van het woord "Gemeente" – Loi de Ventôse, art. 52, par. 1er – Signification du terme "Commune" » (dossier n° 4352), *Travaux du Comité d'études et de législation [de la Fédération royale du Notariat belge]*, 2002, p. 358-434.

toute indépendance et liberté d'esprit. Ces réflexions n'ont d'autre ambition que d'en susciter de nouvelles et, parfois, d'ouvrir la discussion, dans un monde qui évolue rapidement, en convoquant parfois certaines idées bien ancrées et en les confrontant aux conceptions actuelles et aux défis du futur.

II. FONCTION DU NOTAIRE – MODERNITÉ – DÉFIS

3. Une fonction hybride. La loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat définit en son article 1^{er}, spécialement ses alinéas 1^{er} et 4, les notaires comme « Les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. [...] le notaire a la compétence pour la certification de données et documents dématérialisés, en particulier sur le plan de l'origine des données et documents, et pour en délivrer des copies ou extraits certifiés, sous forme dématérialisée ou non, qui attestent la conformité avec la donnée ou le document original. Le notaire est également compétent pour certifier, sous forme dématérialisée ou non, l'identité et la signature électronique ou manuscrite des personnes. Les certifications visées au présent alinéa ne nécessitent pas un acte authentique et ne sont pas soumises aux dispositions légales et réglementaires relatives aux actes notariés ». Ils exercent ainsi un ministère (qu'ils sont tenus en principe de prêter lorsqu'ils en sont requis), mais sous la forme d'une profession indépendante. Pour reprendre une terminologie contemporaine, un notaire est une *entreprise*. Le fait qu'il reçoit certains droits de l'État n'y change rien. Le fait qu'il soit tenu à certaines obligations spécifiques ou incompatibilités ou à l'application de tarifs ne remet pas davantage en question la qualification à lui donner en droit économique.

4. Une fonction moderne. La fonction hybride du notaire est ce qui fait toute sa richesse. Il n'est pas seul dans ce cas. On pense ainsi à la fonction d'huissier de justice ou d'avocat à la Cour de cassation. Les spécificités du notariat sont anciennes. Elles se renouvellent cependant au fil du temps et des époques. L'observateur extérieur ne peut qu'être frappé par le renouveau notarial, souvent à la pointe de la technologie et du droit en général. On ne peut que souligner aussi les valeurs notariales de confraternité, de conseil, d'indépendance, de conciliation et de bienveillance, même si parfois les points de vue sont à ce point antagonistes que seuls les avocats et finalement les juges peuvent régler certains différends. Le champ d'action des notaires est cependant devenu à ce point vaste que l'on conçoit mal qu'un seul homme ou une seule femme, fussent-ils doués d'une compétence large et d'un dévouement de tous les instants, et même assistés de nombreux collaborateurs qualifiés, puisse remplir toutes les tâches qui sont désormais attendues de la fonction de notaire.

5. Des défis de grande ampleur. Pour reprendre le constat d'un réseau de notaires français, « Le droit est désormais tellement complexe et pléthorique,

que nul professionnel ne peut raisonnablement prétendre tout maîtriser ». Seule la mise en commun des compétences, des spécialités et des talents est à même de répondre aux besoins, souvent complexes, de la pratique. C'est à ce prix que la qualité du service rendu peut être garantie, dans l'intérêt des clients (ou « consultants » pour reprendre le vocable utilisé par les notaires). La Belgique est d'autant plus confrontée à la complexité du droit que les règles applicables sont édictées, voire appliquées, à différents niveaux de l'État ou des collectivités régionales ou territoriales, dans des langues multiples. Les aspects transnationaux des affaires dans lesquelles interviennent les notaires sont également de plus en plus fréquents, et cela en toutes matières.

III. LA POSSIBILITÉ (LÉGALE) POUR LES NOTAIRES DE S'ASSOCIER

6. La réforme du notariat en 1999. Dès avant cette réforme importante, de nombreuses voix avaient justifié la possibilité pour les notaires de former entre eux des associations, sous des formes diverses. La loi du 4 mai 1999 modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat organisée², désormais aux articles 50 et suivants, le droit pour les notaires d'exercer leur profession, seul ou en association, au sein d'une société professionnelle³. On relève l'usage d'une terminologie parfois incertaine, voire propice à la confusion, entre « association » et « société » de notaires. Nous n'avons pas voulu trancher cette question ici. De là, le titre de cette contribution. Mais au-delà d'une simple remarque terminologique, ces deux figures juridiques nous paraissent susciter d'autres réflexions quant aux formes d'une association, au sens commun, entre notaires⁴.

7. Genèse d'un cadre restrictif. Avis (non suivi) du Conseil d'État. Choix législatifs (justifiés). La lecture des travaux parlementaires de la loi précitée du 4 mai 1999⁵ fait apparaître que le législateur a délibérément choisi de ne pas tenir compte des « critiques fondamentales émises par le Conseil d'État ».

L'exposé des motifs du projet de réforme mentionne que « Le Conseil d'État commence par une objection générale que l'on peut résumer comme suit: une doctrine (ancienne) défend l'idée selon laquelle le notaire ne peut contracter aucune obligation (en l'occurrence : conclure un contrat de société) quant à la mission qui lui est confiée car il en résulterait d'une part que le notaire aliène ainsi son pouvoir propre (alors que la fonction est hors commerce) et d'autre

² M.B., 1^{er} octobre 1999.

³ Les travaux parlementaires relèvent que la possibilité d'exercer la fonction notariale en société est un moyen visant « à encourager la collaboration en équipe » et permettant de « répondre de manière appropriée au public qui éprouve un besoin croissant d'orientation, conseil et soutien » (*Doc.*, Ch., n° 1432/1 et n° 1433/1, s.o., 1997-1998, p. 127-128).

⁴ Voy. ci-après.

⁵ *Doc.*, Ch., n° 1432/1 et n° 1433/1, s.o., 1997-1998, p. 7 et s. et p. 127 pour ce qui concerne l'avis du Conseil d'État lui-même.

part que l'esprit de lucre à la base du contrat de société l'emporterait sur les considérations professionnelles. Cette rupture avec la tradition se ferait de façon incohérente par le projet qui affirme que la société n'est pas elle-même notaire dans le même temps où il prévoit des règles qui impliquent qu'elle le soit. Pour le Conseil d'État, deux solutions sont imaginables pour surmonter cette incohérence : soit on crée une société qui est titulaire de la fonction notariale, soit on est obligé de recourir à un concept *sui generis* ».

Le législateur a écarté ces objections, qui ne nous paraissent en effet pas fondées et reposent sur une conception erronée du droit. Il indique ainsi, en substance, assez sévèrement d'ailleurs, que : « En réalité, cette interprétation repose sur une doctrine dépassée et sur une erreur fondamentale : ce n'est pas parce que l'on s'adjoint un associé que l'on contracte sur l'exercice de la fonction notariale ».

C'est ainsi à juste titre et de manière tout à fait moderne que le législateur affirme, en se référant à la meilleure doctrine (les professeurs Van Ommeslaghe et Geens) que la théorie anthropomorphique de la société est inexacte et que la personnalité morale est et reste une fiction (juridique)⁶, pour en déduire – même si un autre choix était et reste possible (comme on l'a fait en France de longue date) – que « ce n'est pas la société qui exerce la fonction notariale, mais bien le notaire personnellement ».

Le législateur a ainsi résolument opté pour une société de notaires plutôt que pour une société-notaire⁷, dans le but de permettre « au notaire d'utiliser, pour organiser les effets patrimoniaux de ses activités, une des formes de société organisées par la loi ». Il ajoute qu'il « n'est donc pas nécessaire de recourir à un concept *sui generis*. Le Conseil d'État semble n'avoir pas compris qu'en ce qui concerne l'exercice pour compte d'une société d'une profession libérale réglementée, le législateur dispose du choix de faire de la société le titulaire fictif de la fonction (une société notaire) ou, dans un système de reconnaissance indirecte, de faire de la personne physique le détenteur de la fonction qui l'exerce alors au nom et pour compte de la société ». Il relève encore la vision contradictoire du Conseil d'État qui, à propos d'un « projet analogue (le projet de loi sur les

⁶ Selon la définition de P. Van Ommeslaghe, la personne morale est un instrument technique qui permet de « résumer en une seule notion un ensemble de conséquences juridiques que l'on estime utiles, à l'effet de permettre à des groupements d'individus de disposer d'une armature nécessaire à la mise en œuvre de leurs intérêts. » « La personnalité juridique accordée à la société est un simple mécanisme juridique qui ne fait pas de la société un "sujet de droit" à part entière mais qui est simplement utilisé pour atteindre un effet d'ordre exclusivement patrimonial : séparer des patrimoines. Cette fiction est nécessairement limitée et doit être écartée chaque fois que s'appliquent des règles de droit qui ne se conçoivent que pour des personnes physiques : obtention d'un diplôme, conditions d'accès à la profession. »

⁷ Le législateur explique qu'il a posé ce choix pour les raisons suivantes : « Notre solution est tout à fait comparable à ce que le droit français connaît sous le vocable "société de notaires" (par opposition à la "société titulaire d'un office notarial"). Les motifs qui ont poussé le gouvernement à poser ce choix sont : – l'opposition contre le principe de l'exercice de la fonction par une société ; – la dépersonnalisation de la profession ; – la complexité d'un tel système (voir loi française et le décret d'exécution qui comprend plus de 120 articles) ; – la résistance des notaires qui devraient démissionner en vue de la nomination de la société ; une telle résistance pourrait freiner la formation envisagée d'associations. »

sociétés civiles professionnelles), avait explicitement fait observer que devaient rentrer dans le champ d'application de la loi les avocats à la Cour de cassation, les notaires et les huissiers de Justice, encore qu'ils tiennent leur fonction d'une nomination faite par le Roi ».

Concernant la seconde objection de principe du Conseil d'État (qualifiée par le législateur d'« idée fausse ») selon laquelle le but lucratif inhérent à tout contrat de société est inconciliable avec des considérations d'ordre professionnel et aboutit à contracter sur une fonction hors commerce, il ne nous paraît pas utile de nous y attarder davantage, tant cette objection manquait de fondement à l'époque (une société à forme commerciale n'ayant pas nécessairement un objet commercial) qu'aujourd'hui au regard de la notion générale d'*entreprise* qui s'insère parfaitement dans le régime actuel des sociétés et des associations.

Le législateur souligne encore, avec une rare modernité, que « La forme sociétaire est souhaitable : elle donne une forme juridique adéquate à l'entité économique qu'est une étude notariale. Elle concrétise la séparation entre le patrimoine privé de l'associé et le patrimoine de la société, ce qui engendre transparence et contrôle, sans réduire les recours de la clientèle vis-à-vis du notaire, étant donné que le notaire est personnellement responsable de l'exercice de sa fonction. La fiction de la personne morale a des conséquences pour chaque société, qui ne sont certainement pas propres au notariat. Lorsqu'une profession est exercée au sein d'une société, ce n'est en principe pas la société qui exerce effectivement la profession. Lorsqu'un plombier, architecte ou médecin, constitue une société professionnelle, la société ne devient pas pour autant plombier, architecte ou médecin. Ce sont les aspects et conséquences patrimoniaux qui sont attribués à la société, grâce à la fiction de la personne morale. Les conditions d'exercice d'une profession doivent être remplies dans le chef des personnes physiques : agrégation, diplômes et nomination. [...] La fonction notariale qui est conférée par la nomination par le Roi, ne peut donc pas être, en tant que telle, transmise ou apportée en société. Mais le statut de fonctionnaire public du notaire ne fait pas obstacle à l'exercice de la fonction pour le compte de la société, étant donné que c'est le notaire nommé qui reste titulaire de la fonction et que la société ne devient pas notaire. C'est par conséquent le notaire, et non la société, qui doit recevoir les actes authentiques, nonobstant le fait que la société a pour objet l'exercice de la profession et que les conséquences de cet exercice ont des répercussions sur son patrimoine ».

IV. L'ARTICLE 50 DE LA LOI DE VENTÔSE – CHOIX DE LA FORME DE SOCIÉTÉ

8. Formes sociétaires autorisées. Limites. Absence de mise à jour. Discrimination ? En substance, les notaires peuvent s'associer entre eux et avec des candidats-notaires. Le notaire reste néanmoins personnellement titulaire de

la fonction de notaire⁸. Cette société ne peut cependant prendre la forme que d'une « société privée à responsabilité limitée » ou d'une « société coopérative à responsabilité limitée », selon le cas qu'il s'agit d'une société unipersonnelle ou non. La loi de Ventôse n'a pas été mise à jour et ignore ainsi le Code des sociétés et des associations. La forme de SCRL n'est plus possible, en tout cas à partir du 1^{er} janvier 2024. La forme actuelle de SC (ou société coopérative) ne l'est pas davantage pour l'exercice de l'activité de notaire. La SPRL n'existe plus et il faut lire SRL qui, selon le texte de la loi de Ventôse, serait donc la seule forme possible d'une société de notaires. Un juriste de droit des sociétés ne peut qu'être surpris par une telle limitation. On voit mal ce qui la justifie, en sorte que, peut-être, pourrait-il même être argumenté – comme nous le pensons – que d'autres formes de sociétés pourraient être choisies par les notaires pour s'associer⁹ ou en tout cas pour organiser une certaine forme de partenariat. Il est vrai que la SRL est tellement flexible que l'intérêt de la critique est sans doute limité en pratique, sous réserve de ce que nous examinons à la section VI ci-après. Nous n'examinons pas ici les autres sociétés notariales, si ce n'est au point 22 ci-après à propos des sociétés de moyens.

V. LIMITES TERRITORIALES AUX ASSOCIATIONS DE NOTAIRES – APPRÉCIATION CRITIQUE

9. Interdiction de principe de s'associer au-delà d'un même arrondissement judiciaire. On sait qu'un notaire est désigné pour exercer ses fonctions dans un territoire déterminé. Sa résidence en tant que notaire est également fixée par l'État. L'article 50, § 2, 1^o, de la loi de Ventôse prévoit, dans le même esprit, que des « associations de notaires » ne peuvent être formées qu'entre « des notaires dont la résidence est située dans le même arrondissement judiciaire et qui sont membres d'une même compagnie¹⁰ ; les notaires qui ont leur résidence dans les cantons de Limbourg, de Spa, dans le premier canton de Verviers et dans le deuxième canton de Verviers peuvent également s'associer soit avec des notaires dont la résidence est située dans l'arrondissement judiciaire d'Eupen, soit avec des notaires dont la résidence est située dans l'arrondissement judiciaire de Liège ».

⁸ Contrairement à d'autres pays, que l'on ne peut pourtant pas toujours considérer comme étant à la pointe actuelle du progrès, qui permettent qu'une société soit titulaire d'un office notarial.

⁹ F. MOURLON BEERNAERT et M. ARNOLDY, « Société simple (*maatschap*), contrat de service, patrimoine d'affectation indivis et liquidation. Quelques éclaircissements » (note sous Cass., 30 septembre 2021), *RPS-TRV*, 2022/3, p. 188-195, qui examinent la constitution d'une société simple entre huissiers de justice, à leur insu, avec toutes les conséquences qui en découlent.

¹⁰ L'article 68 de la loi de Ventôse dispose que :

« Il est créé au chef-lieu de chaque province une compagnie des notaires. Les membres de la compagnie sont :

1^o les notaires qui ont leur résidence dans la province, sont associés avec un notaire dont la résidence est établie dans la province ou désignés suppléants d'un notaire dont la résidence est établie dans la province ;

2^o les candidats-notaires inscrits au tableau de la compagnie.

La compagnie des notaires est une institution publique. »

10. Appréciation critique. Approche technique. D'un point de vue technique tout d'abord, l'observateur extérieur ne peut que constater que, sous réserve du cas spécifique des arrondissements cités expressément dans l'article 50, § 2, 1°, de la loi de Ventôse, si les notaires d'arrondissements différents ne peuvent pas s'associer au sein d'une société de notaires, la loi de Ventôse a constitué des compagnies de notaires « trans-arrondissements » et prévoit même la possibilité de fusion entre compagnies de notaires. Elle prévoit aussi que le Roi peut autoriser certains cas dans lesquels un notaire peut instrumenter en dehors de son arrondissement. Le législateur semble ainsi conscient des inconvénients d'une petite taille d'un arrondissement et de la nécessité de regrouper plusieurs entités, pour assurer un meilleur fonctionnement de l'institution. Il ne le permet cependant pas aux notaires dans le cadre de leur stricte activité professionnelle, au (seul ?) motif qu'il convient d'assurer une répartition géographique des études notariales. Dans certains passages, on vient même à glorifier, d'une certaine façon, les petites études ou encore les études dites de province, non sans à la fois faire preuve d'un certain déclassement – tout à fait hors de propos – à leur égard.

11. Le compartimentage de marché est-il justifié ? Au-delà de considérations d'ordre général, que l'on retrouve parfois pour ce qui concerne d'autres services publics (par exemple l'implantation des bureaux de poste ou des justices de paix ou d'autres tribunaux¹¹), nous avons cependant l'impression que sous le couvert du mythe, quasi romantique, les notaires voudront bien m'excuser, du « notaire de province », proche des gens, dans tous les sens du terme de proximité, certains n'ont tout simplement pas voulu permettre la constitution de grandes associations de notaires, soit par peur du changement, soit par réflexe corporatiste, soit pour éviter la concurrence, soit pour préserver des situations acquises.

Aucun de ces motifs ne résiste à l'analyse, du point de vue de l'intérêt général.

La peur du changement, comme toute peur, est mauvaise conseillère. Elle n'évite pas les progrès et ne peut qu'être un frein à une évolution sociétale. Nous savons cependant que la résistance au changement est grande. Nous savons aussi que refuser d'évoluer est source d'inquiétude et de risques, voire de sclérose. Ce seul élément est donc en soi négatif. Nous verrons cependant qu'il ne doit pas être envisagé de manière isolée.

Le réflexe « corporatiste » pose également question sous l'angle du principe général de la liberté d'entreprise¹². Une telle réaction ne peut constituer en soi

¹¹ Mais la tendance de fond au regroupement dans des entités plus larges, au territoire étendu, se retrouve partout, et indirectement chez les notaires eux-mêmes à l'occasion du redécoupage des arrondissements judiciaires.

¹² Voy. F. MOURLON BEERNAERT et L. MOURLON BEERNAERT, « La liberté d'entreprendre : de 1791 à la Covid. Enjeux économiques et juridiques », in *Liber amicorum Didier Willermain*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 811-863.

une justification raisonnable à une limitation du principe de liberté. Du reste, nous n'apercevons pas en quoi des sociétés de notaires dont l'empreinte serait plus étendue qu'un arrondissement judiciaire porteraient atteinte à l'institution même du notariat.

Un autre élément, sans doute plus réel et prégnant, tient à la volonté de certains de préserver leur pré carré et d'éviter la concurrence que pourraient leur porter de plus grandes associations, mieux structurées, notamment d'un point de vue financier et des compétences multiples. S'il s'agit d'un souci de toute entreprise, celui-ci ne peut justifier en soi l'interdiction de toute concentration, sauf à considérer qu'un compartimentage strict du marché présenterait des avantages pour le fonctionnement du marché, pour les clients (les « consultants » pour reprendre l'expression en vigueur) et pour l'intérêt général. Nous avons la faiblesse de penser qu'un tel argument ne repose sur rien, si ce n'est la protection d'un intérêt privé.

Cet élément n'a d'autre but, en réalité, que de préserver des situations acquises et un régime figé.

Faut-il alors faire appel au mythe précité du « notaire de proximité » pour justifier ce système particulièrement lourd, inerte, peu propice à l'évolution et pour ainsi dire présentant des analogies avec le régime féodal, c'est-à-dire au sens premier du terme qui est lié à un « fief » et au sens figuré « qui ne suit pas son temps » ?

D'une part, on gagnerait à examiner, en détail, ce qui se fait pour d'autres professions réglementées, par exemple les huissiers de justice, les avocats à la Cour de cassation ou les pharmaciens. Même si les pharmaciens ne sont sans cependant pas détenteurs d'une parcelle de la puissance publique, la comparaison ne serait pas sans intérêt : ils exercent une fonction essentielle et de proximité. Pour autant, et même si certains peuvent le regretter, de grands groupes se sont créés entre pharmaciens et même des groupes financiers, sans que cela pose des difficultés insurmontables en termes de maillage du territoire. L'on voit exactement les mêmes développements en ce qui concerne les huissiers de justice, dont des réseaux nationaux existent, sans que cela pose de difficultés aux consommateurs de leurs services. La situation est tout aussi évidente pour les avocats à la Cour de cassation, mais il est vrai que leur fonction couvre par nature tout le territoire national, rendant la comparaison sans doute moins évidente.

D'autre part, le développement des technologies et la digitalisation, spécialement au temps de la Covid et de la possibilité de passer des actes à distance, viennent saper les justifications traditionnelles de l'interdiction pour le notaire de sortir du ressort de son arrondissement.

La réponse est peut-être alors ailleurs : les notaires belges ont mis sur pied une fédération, sous forme d'une ASBL, qui leur fournit les services, informatiques,

juridiques, sociaux et autres dont ils ont besoin, rendant ainsi moins intéressant – en tout cas *a priori* – le regroupement des notaires de différents arrondissements, puisqu'ils ont pu créer une coupole de services transversaux.

Si cette solution « pratique » est une source de réponse, parfois bien utile voire enviable tant son fonctionnement paraît de grande qualité, elle ne nous paraît pas satisfaisante d'un point de vue juridique. Elle ne constitue en effet pas en soi une justification raisonnable à l'interdiction de sociétés de notaires relevant de plusieurs arrondissements.

12. Une recherche économique à mener. Comme nous l'avons relevé dans une autre étude¹³, la présente analyse gagnerait certainement à être enrichie d'une étude de nature également économique permettant de repenser la question des associations de notaires, d'une façon dynamique par l'analyse économique du droit (AED)¹⁴ mettant en relation la sphère juridique et la sphère sociale¹⁵.

VI. SOLUTIONS ALTERNATIVES ISSUES DU DROIT DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS ET DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS

13. Pistes de réflexion. La présente étude n'a pas l'ambition d'être exhaustive en matière d'association de notaires. Elle se borne à esquisser quelques éléments qui pourront être une source de réflexions et d'approfondissement, le cas échéant, pour toutes les personnes intéressées. La légalité et la faisabilité de chacune sont évidemment à vérifier au cas par cas, certaines pistes envisagées risquant parfois de se heurter à une disposition déontologique ou à une autre réticence. La conformité de la solution devra être analysée, à chaque fois, en ayant cependant à l'esprit que certaines dispositions même si elles sont consignées dans une loi, dans un règlement, dans des statuts ou dans un règlement d'ordre

¹³ Voy. F. MOURLON BEERNAERT et L. MOURLON BEERNAERT, « La liberté d'entreprendre : de 1791 à la Covid. Enjeux économiques et juridiques », in *Liber amicorum Didier Willermain*, Bruxelles, Larcier, 2023, 811-863.

¹⁴ Selon Ejan MACKAAY et Alain PARENT dans un article intitulé « L'analyse économique du droit comme outil du raisonnement juridique », l'AED est mouvement interdisciplinaire, en ce qu'il propose d'utiliser deux sciences, la science économique et le droit, pour étudier un même phénomène. Celle-ci analyse le droit à partir de la méthode et des concepts de la science économique. Cons. E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit (The Legal Rule Observed Through the Glasses of the Economist. A Stylised History of the Law and Economics Movement) », *R.I.D.E.*, 1986, p. 43-83 ; R.H. COASE, « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1-44 ; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1st ed., Boston, Little Brown, 1973.

¹⁵ L'AED poursuit cinq objectifs : (i) identifier les risques d'émergence de problèmes dans les interactions, (ii) comprendre la raison d'être d'une norme juridique, (iii) comprendre et prédire les conséquences d'une règle de droit ou d'un projet de loi, (iv) constituer un outil pour le juriste pour déterminer l'institution juridique adaptée pour répondre aux besoins de ses clients et (v) déterminer la règle juridique souhaitable à partir de la norme d'efficacité. Ces cinq objectifs peuvent être utiles aux juristes en ce qu'ils permettent, entre autres d'aiguiser le sens critique, de comprendre les différentes institutions juridiques, d'être capable d'argumenter d'une manière innovante et pour faire le choix de l'institution optimale.

intérieur, ne sont pas nécessairement une garantie d'effectivité et de validité. Ces dispositions sont en effet soumises à des règles hiérarchiquement supérieures et au contrôle juridictionnel, national, voire international. L'on ne négligera pas non plus les résistances de certains au changement voire leur opposition qui pourra se marquer par des démarches de tous ordres. Dans le cadre limité de cette étude, nous avons souhaité partager *une dizaine d'idées* que nous soumettons à la réflexion et à la critique de toutes et tous. Nous ne traitons pas de relations qui ne reposent pas sur un ensemble de droits et obligations, comme de simples recommandations informelles, fussent-elles de l'ordre de ce qu'on appelle dans d'autres professions des *best friends*. On notera en tout cas, selon nous, que l'interdiction formulée à l'article 3, alinéa 2, du *Règlement pour les sociétés des notaires* de la Chambre nationale des notaires (version 2018)¹⁶ ne concerne que les *associations* « pour l'exercice de la profession » de notaires. Une telle interdiction ne vise donc, toujours selon nous, que l'exercice de la profession elle-même de notaire. Certes, cette interdiction se trouve dans le chapitre 1^{er} « Définition et forme juridique des différentes sociétés dans lesquelles un notaire peut être associé », mais l'on ne concevrait pas que la Chambre nationale des notaires puisse à ce point porter atteinte à la liberté constitutionnelle d'association. Une interprétation raisonnable, donnant effet à l'interdiction, ne peut donc avoir en vue que l'exercice de la fonction même de notaire, c'est-à-dire de son office. Du reste, les dispositions qui précèdent cet alinéa 2 de l'article 3 et les dispositions qui le suivent tendent à la même conclusion. C'est du reste la lecture même des mots « association pour l'exercice de la profession »¹⁷. Nous pouvons donc présenter quelques idées, espérons-le utiles, pour les notaires.

14. Mise en place de réseaux sous la forme d'ASBL (1^o). Une des premières formes possibles de mise en place d'une coopération entre notaires d'arrondissements différents, voire avec d'autres professions, est certainement le recours aux associations sans but lucratif. À l'étranger, de nombreux réseaux de notaires ce sont créés, organisés et fonctionnent sous la forme d'associations de ce type, en particulier en France sous la forme d'associations dites loi de 1901¹⁸. Il nous semble en effet, même si la question pourrait être discutée, que le statut

¹⁶ Adopté par l'assemblée générale du 26 avril 2011 en remplacement du règlement du 22 juin 2004, modifié par l'assemblée générale du 12 juin 2014, du 26 octobre 2017 et du 25 janvier 2018.

¹⁷ On retrouve encore, à l'article 5.A. du Règlement pour les sociétés de notaires, une répétition de ceci.

¹⁸ Voy. p. ex. <https://groupepemonassier.com/> ; <https://www.capnot.fr/> ; www.notaires-nce.fr/rejoindre-nce/adhesion-en-ligne/ ; <https://www.notalis.fr/>. Le réseau Notalis indique ainsi, pour justifier sa raison d'être et se présenter aux membres éventuels, que « Le Droit est désormais tellement complexe et pléthorique, que nul professionnel ne peut raisonnablement prétendre tout maîtriser. Les membres de NOTALIS choisissent chacun une spécialité dans laquelle ils s'engagent à être au maximum de la connaissance et de la pratique. Si l'un des notaires rencontre un dossier sur lequel il faut des connaissances juridiques ou fiscales approfondies, il appelle en participation volontaire l'un des autres notaires du réseau. Les deux notaires partagent les émoluments ou honoraires prévus par la loi. Le client a conservé la relation avec son notaire, qui a enrichi sa compétence grâce à l'intervention de son confrère. La qualité du service rendu devient premium, sans surcoût pour le client. Le client sait que le plus grand professionnalisme a été apporté à son dossier, sans que cela ne lui coûte davantage que si un seul notaire était intervenu sur son dossier. »

d'ASBL est cohérent avec le but désintéressé qu'un réseau de notaires entend poursuivre. C'est d'ailleurs, démonstration parfaite, la forme choisie par la Fédération royale du Notariat belge¹⁹. La forme de l'ASBL a également été choisie, avec bonheur, par des réseaux transnationaux d'avocats ou d'autres centres d'excellence, de connaissance, de compétence ou de formation, qui ont le partage des savoirs et des expériences au cœur de leur activité.

15. Un réseau sous forme de société coopérative (SC) (2°). Compte tenu de la conception nouvelle des sociétés coopératives, telle qu'elle résulte du Code des sociétés et des associations, il nous paraît également possible d'organiser, en fonction des circonstances, un réseau de notaires au travers d'une SC²⁰. Tout dépend de la façon dont l'objet social sera conçu²¹. Le recours à une SC risque cependant de se heurter de manière directe à la loi de Ventôse et aux règles déontologiques, en sorte que ceci nécessite la plus grande prudence.

16. Une association de fait (3°). Une association de fait pourrait constituer une alternative aux formes qui précèdent, avec les avantages et inconvénients habituels d'une association non dotée de la personnalité morale.

17. Une indivision (4°). On peut également penser, ce que l'on retrouve aussi en pratique dans d'autres professions libérales, à l'organisation d'indivisions volontaires, spécialement en ce qui concerne la détention de matériels professionnels, de logiciels ou de droits immobiliers.

18. Une société simple (5°). Une telle forme de société, la seule qui n'est pas dotée de la personnalité morale, pourrait également constituer un instrument intéressant pour la mise en place d'une association de notaires. Cette forme, grâce à sa grande souplesse, est d'ailleurs fréquemment rencontrée, parfois même involontairement, dans la pratique pour organiser de manière « occulte » les relations entre des professionnels titulaires de professions libérales²². Elle pourrait ainsi, par exemple, permettre la mise sur pied de *pools* ou de services transversaux entre études notariales, partenaires. La question sera plus controversée si l'on envisage un partage des honoraires.

19. Un groupement d'achat (6°). Certains pourraient être tentés, dans le même ordre d'idées, de mettre en place un groupement d'achat, en vue de bénéficier d'économies d'échelle. On voit cela par exemple chez les pharmaciens. Ceci semble d'ailleurs être, d'une certaine façon, utilisé également par les notaires et les avocats ou dans le domaine médical au sens large.

¹⁹ BCE 0409.357.321.

²⁰ Pour un exemple, mais en France : <https://notaires-office.fr/>.

²¹ Ceci est évidemment déterminant du choix entre l'ASBL et la SC.

²² Cons. F. MOURLON BEERNAERT et M. ARNOLDY, « Société simple (*maatschap*), contrat de service, patrimoine d'affectation indivis et liquidation. Quelques éclaircissements » (note sous Cass., 30 septembre 2021), *RPS-TRV*, 2022/3, p. 88-195.

20. Un (simple) contrat d'entreprise (7°). Rien ne nous semble empêcher le recours, fût-il répété ou faisant l'objet d'une relation suivie, et dans le cadre d'un contrat même de long terme, entre plusieurs études. La flexibilité de cet instrument mérite de retenir l'attention de toutes les personnes intéressées. En fonction de sa structuration et de son contenu, il pourrait même se rapprocher ou être qualifié de société simple.

21. L'adoption et l'utilisation d'une marque commune, d'un label ou d'une charte de qualité (8°). Un des moyens classiques d'organiser un partenariat fort, même s'il ne va pas jusqu'à constituer une société, est de partager des valeurs communes que l'on exprimera au travers d'une marque commune, d'un label ou d'une charte de qualité. À première vue, nous n'apercevons pas ce qui empêcherait les notaires de pratiquer de la sorte. Ils ne constituent en effet par ce simple fait pas une société. Ils ne se partagent pas les honoraires, et cela même si – en tout cas à première analyse – ils devaient payer une redevance pour l'utilisation de la marque, du label ou de la charte de qualité.

22. Une société de moyens (9°)²³. Une telle société est expressément autorisée par le Règlement pour les sociétés des notaires de 2018 (art. 5). Elle permet ainsi à un notaire de collaborer avec un ou plusieurs autres notaires, des candidats-notaires, voire des tiers (non-notaires), à une société dite de moyens, dont l'activité et les moyens qui y sont apportés tendent à favoriser l'exercice individuel de la profession de notaire ou de sa propre profession. Cette société de moyens « ne peut inscrire dans son objet des activités qui sont propres à l'exercice de la profession de notaire ou qui entrent normalement dans la sphère d'exercice de la profession ni les exercer de fait. En outre, le notaire ne peut, dans le cadre de cette société, prendre des engagements qui porteraient atteinte à son indépendance et son impartialité, ou qui l'amèneraient à céder, transférer ou limiter les compétences professionnelles qui sont les siennes en tant que notaire, ou encore qui pourraient nuire directement ou indirectement à l'exercice de sa propre profession. En aucun cas, cette société ne peut faire figurer dans sa dénomination et dans quelque publication que ce soit le nom et la profession du notaire ou comporter une quelconque référence à la profession de notaire ».

23. Des accords *ad hoc* (10°). Lorsque plusieurs notaires interviennent dans un même acte, il est d'usage qu'ils partagent les honoraires, fût-ce sous certaines limites et conditions. L'on conçoit certes une série d'objection à la conclusion d'accord sur honoraires, à l'interdiction du commissionnement et d'autres pratiques similaires. On trouve des règles semblables dans d'autres professions

²³ Vu la taille limitée de cette contribution, nous n'examinons pas (i) la *société notariale de participation* visée à l'article 4.A. du Règlement pour les sociétés des notaires de 2018 qui est « une société civile ayant pour seul et unique objet l'exercice de la profession de notaire en participant en tant qu'associé gérant à une société professionnelle notariale, à l'exclusion de toute activité en dehors de la société professionnelle notariale à laquelle elle participe » ni (ii) la *société notariale de gestion* visée à l'article 4.B. de ce règlement, qui a pour objet la gestion « en tant que gérant ou administrateur d'une société professionnelle notariale ».

libérales. Mais au-delà de ces comportements, est-il vraiment impossible, en pratique, et sans même parler de la rémunération d'un sous-traitant ou d'un co-traitant, d'organiser un certain partage entre notaires, à l'occasion de telle ou telle affaire particulière ? Cela suppose en tout cas que cela se fasse dans le strict respect des règles applicables. À moins que cela ne renvoie simplement, s'il n'y a pas d'institutionnalisation de la chose, à une pratique de partenaires privilégiés ou simplement de bonne entente entre personnes ou études.

VII. LA LIBRE CONCURRENCE

24. Un équilibre nécessaire entre liberté, régulation et concurrence. Autant l'interdiction d'association de notaires d'arrondissements différents nous paraît dénuée de justifications raisonnables et suffisantes, autant une liberté n'est jamais absolue. Ainsi, la mise en place de réseaux ou de sociétés de notaires est susceptible, en tout cas en théorie, de générer des pratiques anticoncurrentielles. Un exemple a été ainsi fourni récemment par la pratique d'un réseau français.

25. Points d'attention. La loi française du 6 août 2015, dite « loi Macron », a, pour rappel, procédé à une réforme d'ensemble des professions réglementées afin d'introduire plus de concurrence et la liberté d'installation, et a, notamment, mis fin au tarif réglementé pour les prestations de négociation immobilière à compter du 1^{er} mars 2016. Depuis cette date, il n'y a plus de tarif fixé par les pouvoirs publics et les notaires fixent librement leurs tarifs pour leurs activités de négociation immobilière comme les agences immobilières. Le 24 juin 2019, l'Autorité française de la concurrence a sanctionné le GIE NOTIMO, regroupant une vingtaine de notaires de Franche-Comté a mis en place une entente tarifaire contraire au droit de la concurrence, afin que les notaires francs-comtois appliquent un « barème » défini par le GIE pour les prestations de négociation immobilière²⁴. La chambre interdépartementale des notaires de Franche-Comté a facilité la commission de l'infraction, en mettant ses moyens à la disposition du GIE et en ne dénonçant pas la pratique illicite aux autorités compétentes²⁵.

²⁴ Décision 19-D-12 du 24 juin 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par des notaires dans le secteur de la négociation immobilière – <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-par-des-notaires-dans-le-secteur-de-la-negociation>.

²⁵ Décision 19-D-13 du 24 juin 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des huissiers de justice – <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-huissiers-de-justice>.

Dans cette affaire du même jour que celle concernant les notaires francs-comtois, l'Autorité française de la concurrence a (également) sanctionné le Bureau commun de signification (BCS) des Hauts-de-Seine, qui réunit la totalité des huissiers des Hauts-de-Seine, pour avoir mis en place des pratiques constitutives d'entente anticoncurrentielle. Les pratiques sanctionnées ont consisté à mettre en place des conditions discriminatoires aux huissiers qui souhaitaient rejoindre la structure. Les membres du BCS ont ainsi imposé aux huissiers ayant récemment bénéficié d'une installation dans le cadre spécifique de la « liberté d'installation » prévue par la « loi Macron », et seulement à ceux-ci, un « droit d'entrée forfaitaire » de 300 000 euros, discriminatoire et d'un niveau prohibitif. Cette pratique discriminatoire était de nature à rendre plus difficile l'exercice de la profession pour les huissiers ayant bénéficié de la liberté d'installation et qui commençaient leur activité.

VIII. CONCLUSION

26. Liberté d'entreprise, modernité et transparence. La liberté d'entreprise constitue, sans le moindre doute possible, un principe général du droit. Certes, comme toute liberté, elle est susceptible de limitation et d'encadrement. Il en est tout particulièrement ainsi pour une profession réglementée, exerçant pour l'essentiel ses activités sous le couvert d'un monopole légal. Dans ce contexte, on peut s'interroger – et à vrai dire, on comprend mal – l'existence d'une interdiction d'association entre notaires de plusieurs arrondissements. Si l'on peut comprendre que l'intérêt du consommateur (les consultants) est de bénéficier d'une large répartition géographique des notaires et d'un maillage des études, il ne nous semble pas que ceci soit lié, de manière raisonnable et proportionnée, à une interdiction d'association entre notaires (d'arrondissements différents). L'exemple des pharmaciens (qui va du pharmacien d'officine isolé à la multinationale disposant de centaines d'officines) en est une démonstration. C'est à la réglementation par l'État, voire par la profession elle-même, d'organiser la répartition géographique souhaitée, le cas échéant (même si cela ne nous semble pas souhaitable) en subventionnant sous une forme ou une autre certaines études. L'interdiction d'association entre notaires d'arrondissements différents apparaît, à l'examen, d'autant moins justifiée qu'il existe tant de façons, certes parfois compliquées et même parfois discutables, de rechercher voire d'atteindre le même résultat. Ne vaut-il pas mieux aller droit au but ?

27. Le droit de la concurrence. À l'opposé, tout groupement de notaires sera attentif à ce que son fonctionnement ne dégénère pas en une violation du droit de la concurrence.

28. Le prochain Centenaire. Il s'agit donc de rechercher la juste voie entre les différents intérêts en présence, le service aux consommateurs, de la plus grande qualité et au meilleur prix, facilement accessible et abordable, et le droit d'association de chacun, y compris des notaires entre eux (voire avec des tiers), sans restriction inutile. C'est à ce prix que l'on assurera la pérennité de cette belle et nécessaire institution et que l'on pourra fêter fièrement le bicentenaire du Comité d'études et de législation. Bon anniversaire à toutes et tous.

Bruxelles – mars 2023.

APPORT SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE : ENSEIGNEMENTS CIVILS ET FISCAUX DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 14 OCTOBRE 2021 ET DE LA RÉFORME DU LIVRE 5 DU CODE CIVIL

François ONCLIN et Xavier ULRICI

INTRODUCTION

La question de l'apport au patrimoine commun ou à une société limitée effectué sous condition résolutoire retient l'attention du Comité d'Études et de Législation (CEL) depuis de nombreuses années, au point d'avoir fait l'objet à ce jour de trois dossiers. Le premier dossier (n° 6027) fut soumis à la seule chambre néerlandaise durant la période 1991-1992 sous un angle exclusivement civil. Le deuxième (n° 4379) donna lieu à un rapport des deux chambres réunies en 2007-2008. Bien qu'étant d'ordre principalement fiscale, la question soumise au CEL déboucha rapidement sur une analyse civile approfondie du mécanisme de l'apport d'un bien sous condition résolutoire. Enfin, le troisième dossier (n° 6403) fut soumis à la seule chambre néerlandaise. Publié en 2022, celui-ci analyse, sous un angle essentiellement civil, le cas particulier de l'apport en indivision (sous condition résolutoire) dans le cadre d'un régime de séparation des biens.

On sait que le droit fiscal et le droit civil sont étroitement liés. La solution sur le plan fiscal dépend bien souvent de la qualification qui est donnée sur le plan civil. L'apport d'un bien à la communauté ou à une société limitée, lorsqu'il est affecté d'une condition résolutoire de divorce ou de prédécès du conjoint de l'apporteur, en fournit un bel exemple. L'administration fiscale a longtemps soutenu que ce mécanisme ne permettait pas d'échapper à l'application du droit d'enregistrement proportionnel de partage lorsqu'il impliquait la manifestation d'une volonté dans le chef d'un des époux. Ce faisant, l'administration condamnait, en quelque sorte, la clause optionnelle d'apport sous condition résolutoire. La Cour de cassation a récemment censuré la position de l'administration. Notre juridiction suprême est ainsi parvenue à cette décision au terme d'une analyse civile, particulièrement détaillée, du mécanisme de la condition résolutoire. Cette décision est l'occasion de faire le point sur les aspects tant civils que fiscaux de l'apport sous condition résolutoire.

L'intérêt de la question est d'autant plus grand que la récente réforme du Livre 5 du Code civil a impacté le mécanisme de la condition résolutoire. Après un rappel des faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté (I), nous analyserons successi-

vement le mécanisme sous les angles civil d'abord (II) et fiscal ensuite (III) pour livrer dans la foulée une proposition de clause.

I. RAPPEL DES FAITS

1. Résumé des faits et décision des juges du fond. Par acte notarié du 12 janvier 2000, Monsieur H. et Madame D. ont signé un contrat de mariage dans lequel Madame D. déclarait apporter à la communauté un terrain à bâtir, sur lequel les futurs époux envisageaient d'y ériger leur logement familial. Le contrat de mariage précisait notamment que « dans le cas où le mariage serait dissous pour cause de divorce, Madame D. aura le droit de reprendre le terrain sans être redevable d'une quelconque indemnité, sous réserve de devoir indemniser la communauté pour ce qui concerne les constructions qui y auront été érigées »¹. Le mariage fut célébré peu de temps après.

Un jugement du 15 mai 2012 prononça le divorce entre les parties et désigna un notaire afin de procéder aux opérations de liquidation et de partage du régime matrimonial. En date du 25 septembre 2013, fut signé devant le notaire un acte de liquidation-partage contenant règlement transactionnel entre les ex-époux, dans lequel Madame D. déclara souhaiter reprendre le terrain comme le lui permettait le contrat de mariage. Pour l'enregistrement de cet acte, l'administration fiscale réclama un montant de 7.500 euros à titre de droit de partage (1 %) dans le chef de Madame D., outre un montant de 1.500 euros dans le chef du notaire pour enregistrement tardif². Ce dernier contesta la position de l'administration fiscale et estima, pour sa part, que l'acte en question devait être enregistré au droit fixe général³.

Cette opposition de points de vue amena à se poser la question suivante : la reprise du terrain par Madame D., par application de la clause insérée dans le contrat de mariage, résulte-t-elle d'une condition résolutoire, auquel cas seul le droit fixe général est dû, ou bien d'un nouvel acte juridique de partage, qui emporte l'exigibilité du droit de partage ?

À l'instar du premier juge⁴, la Cour d'appel de Gand trancha en faveur de la seconde option. Selon la cour, la clause litigieuse ne peut être analysée comme

¹ Notre traduction (« *Ingeval het huwelijk ontbonden wordt door echtscheiding, Mevrouw D. het recht heeft de grond terug te nemen zonder enige vergoeding verschuldigd te zijn dienaangaande, doch wel mits vergoeding van de opgerichte gebouwen aan het gemeenschappelijk huwelijksvermogen* »).

² L'article 3.18.0.0.11, 1°, du *Vlaamse Codex Fiscaliteit* (VCF) prévoit en effet une augmentation de 20 % du montant des droits d'enregistrement en cas d'enregistrement hors délai.

³ Ce qui aurait pour effet de supprimer l'augmentation de 20 % des droits d'enregistrement qui était réclamée par l'administration fiscale en raison de l'enregistrement tardif de l'acte, au motif que la disposition précitée du VCF ne vise que le droit de donation (*schenkbelasting*), le droit de vente (*verkooprecht*), le droit de partage (*verdeelrecht*) et le droit d'hypothèque (*hypotheekvestiging*), et pas le droit fixe général.

⁴ Civ. Flandre orientale (div. Gand), 22 octobre 2018.

une condition résolutoire au motif qu'elle n'opère pas de manière automatique, mais qu'elle requiert l'expression d'une nouvelle volonté dans le chef de l'époux reprenneur. Aux yeux des deux juridictions, l'administration fiscale était par conséquent en droit de réclamer le droit de partage.

2. Pourvoi en cassation et décision de la Cour. Mécontent de cette décision, le notaire introduisit un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la Cour d'appel de Gand.

Dans son moyen unique, le notaire soutenait que la clause litigieuse du contrat de mariage devait être analysée comme une double condition résolutoire, à savoir : la volonté de l'époux-apporteur d'une part (1), et le prononcé du divorce d'autre part (2). Le fait que la volonté de l'époux-apporteur doive être exprimée ne supprime pas l'effet résolutoire qui est attaché à la clause, mais infère uniquement sur sa nature potestative. Dès lors que les deux événements seront survenus, la résolution opérera automatiquement. En décidant le contraire, la Cour d'appel de Gand a, selon le notaire, violé les articles 1168, 1170, 1174 et 1183 de l'ancien Code civil.

La Cour de cassation rappela, tout d'abord, que l'article 1174 de l'ancien Code civil ne s'applique qu'à la condition suspensive purement potestative, c'est-à-dire celle dont la réalisation dépend exclusivement de la partie qui s'oblige. La Cour observa, ensuite, que cette disposition n'interdit nullement que la condition résolutoire soit purement *ou* simplement potestative. Il en résulte qu'un événement futur et incertain peut être stipulé à titre de condition résolutoire, quand bien même sa réalisation dépend de la volonté de la partie qui s'oblige. Par conséquent, le juge d'appel qui décide que la clause litigieuse ne peut constituer une condition résolutoire au motif que le choix qui, en cas de divorce, doit être exprimé par l'époux de reprendre le bien apporté à la communauté supprime le caractère automatique qui est attaché à pareille condition, et qui sur cette base décide que le droit de partage est d'application, ne justifie pas légalement sa décision. Ce faisant, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel Gand.

II. INTÉRÊT DE L'APPORT SOUS CONDITION RÉGOLUTOIRE

3. Intérêt de l'apport sous condition résolutoire. L'apport permet à un époux de « transformer » un bien propre en un bien commun. La clause d'apport constitue par conséquent une clause extensive du patrimoine commun⁵. Notons que le mécanisme de l'apport peut être également utilisé dans un régime de type séparatiste dans lequel les époux font entrer un ou plusieurs biens dans une société limitée adjointe à leur régime de séparation de biens⁶.

⁵ Art. 2.3.53, C. civ.

⁶ Art. 2.3.64, C. civ.

L'apport est effectué à titre gratuit. On veut dire par là que, lors de la dissolution de la communauté, l'époux apporteur ne peut réclamer une récompense pour avoir transféré un bien propre dans le patrimoine commun⁷. La règle est donc celle de la gratuité de l'apport⁸. Cela ne signifie pas que l'apport est assimilé à une libéralité ; l'apport constitue une opération à titre onéreux qui n'empêche pas de donation entre époux, sous réserve de certaines exceptions⁹.

L'apport peut être assorti d'une condition résolutoire. Dans ce cas, l'apport est généralement fait sous la condition résolutoire du prédécès du conjoint de l'apportant et/ou du divorce des parties. Ce mécanisme présente plusieurs avantages.

Sur le plan civil, tout d'abord, il évite au conjoint qui a effectué l'apport de devoir imputer la valeur du bien sur sa part dans le partage, sous réserve d'une récompense due à la communauté pour les améliorations apportées au bien¹⁰. En d'autres mots, le mécanisme de la condition résolutoire permet de déroger à la règle du partage de la communauté par parts égales. Ce procédé donne également la possibilité à l'époux qui a effectué l'apport de devoir « racheter » une partie du bien à son ex-conjoint ou à la succession de ce dernier en cas de prédécès de son conjoint¹¹. Qui plus est, ce mécanisme permet d'assurer à l'époux apporteur la possibilité de récupérer le bien en cas de divorce d'autant plus que l'article 299 de l'ancien Code civil ne vise pas les clauses d'apport au patrimoine commun ou à une société limitée¹².

Sur le plan fiscal, ensuite, nous verrons qu'il évite au conjoint qui a effectué l'apport d'un immeuble de devoir s'acquitter du droit proportionnel de partage¹³. En effet, en cas de réalisation de la condition résolutoire, seul le droit fixe sera dû. Par ailleurs, en cas de prédécès du conjoint de l'apportant, l'apport sous condition résolutoire évite de devoir payer des droits de succession sur un bien qui provenait de son patrimoine propre.

⁷ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*. T. IX. *Les régimes matrimoniaux*. Vol. 2. *Régimes conventionnels et droit international privé*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, n° 411.

⁸ Excepté dans le cas où l'apport est limité à une certaine somme (art. 2.3.53, § 5, C. civ.). Pour rappel, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2022 « portant le Livre 2, titre 3, “Les relations patrimoniales des couples” et le livre 4 “Les successions, donations et testaments” du Code civil », il n'est plus possible de limiter l'apport à une quotité d'un bien déterminé.

⁹ Art. 2.3.55, § 1^{er}, al. 2, C. civ. ; art. 2.3.57, C. civ. ; art. 2.3.58, C. civ.

¹⁰ Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge*. T. IX. *Les régimes matrimoniaux*. Vol. 2. *Régimes conventionnels et droit international privé*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, n° 414.

¹¹ Ph. DE PAGE, « Position Vlabel n° 16068 du 27 juin 2016 – Renonciation à une clause conventionnelle de retour », *Revue de planification patrimoniale belge et internationale*, 2016, p. 433-437, spéc. p. 433, n° 1.

¹² Cass., 20 novembre 2001, *Rev. not. belge*, 2002, liv. 2951, p. 318 et s., note C. JIMENNE.

¹³ I. DE STEFANI, « L'incidence des clauses d'apport et de préciput », in X. (dir.), *La liquidation-partage*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 55-80, spéc. p. 65.

III. ASPECTS CIVILS DE L'APPORT SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE

4. Validité de principe de la condition résolutoire potestative. La question de la validité, sur le plan civil, de l'apport sous condition résolutoire a été longtemps débattue¹⁴. Elle fait désormais l'objet d'un large consensus.

Il a parfois été objecté que l'apport sous condition résolutoire encourt le risque d'annulation en raison de son caractère potestatif. Il en irait notamment ainsi de l'apport qui serait réalisé sous la condition résolutoire de l'introduction d'une procédure en divorce¹⁵.

Il est vrai que l'article 1174 de l'ancien Code civil énonce que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition de la part de celui qui s'oblige ». Cette disposition manque en réalité de précision. Son champ d'application doit être clairement circonscrit. Elle ne concerne, tout d'abord, que la seule condition suspensive. Ensuite, l'interdiction ne vise que la condition suspensive qui est purement potestative, c'est-à-dire celle qui dépend exclusivement de la volonté de la partie qui s'oblige¹⁶. Ne tombent par conséquent pas sous le coup de l'interdiction : la condition suspensive simplement potestative dans le chef du débiteur, la condition suspensive purement potestative dans le chef du créancier et la condition résolutoire qu'elle soit simplement ou purement potestative. La Cour de cassation consacre expressément ces différents enseignements dans l'arrêt commenté tandis que le nouveau Code civil confirme désormais expressément que l'interdiction de potestativité ne concerne que la condition suspensive¹⁷.

Dans une contribution publiée en 2001, P. A. Foriers a démontré que la condition résolutoire purement potestative peut, dans ces cas exceptionnels, révéler une

¹⁴ Une des principales objections formulées à l'encontre de l'apport réalisé sous condition résolutoire résidait dans le fait que ce mécanisme ne respectait pas le principe de l'immutabilité du régime matrimonial, notamment au motif que le statut du bien – d'abord commun, et ensuite propre – serait modifié sans passer la procédure obligatoire de changement du régime matrimonial (voy. not. C. PARIS, « Les Régimes matrimoniaux – L'autonomie de la volonté », coll. *Rép. not.*, t. V, I. II, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 440-441). Or la procédure de modification du régime matrimonial est d'ordre public. Une large majorité de la doctrine estime aujourd'hui que cette objection n'est pas fondée dans la mesure où le principe de l'immutabilité du régime matrimonial interdit uniquement de modifier le statut d'un bien *durant* le régime. Tel n'est pas le cas de l'apport effectué sous condition résolutoire qui a pour objet de modifier le statut du bien *lors de la dissolution* du régime matrimonial (voy. not. Dossier n° 4379 (Chambre française), « Rapport de Y.-H. LELEU », in *Rapports et Débats, Comité d'Études et de Législation (CEL)*, 2008-2009, p. 209-211 ; Dossier n° 6403 (Chambre néerlandaise), « Rapport de H. CASMAN et A.-L. VERBEKE », in *Rapports et Débats, Comité d'Études et de Législation (CEL)*, 2022/2, p. 123-125).

¹⁵ Dossier n° 6207 (Chambre néerlandaise), « Rapport de H. DE DECKER », in *Rapports et Débats, Comité d'Études et de Législation (CEL)*, 1991-1992, p. 524 et s.

¹⁶ C'est-à-dire : le débiteur de l'obligation.

¹⁷ « Un événement dont dépend la validité du contrat ne peut être érigé en condition par les parties. Ainsi l'obligation ne peut-elle être affectée d'une condition *suspensive* purement potestative dans le chef du débiteur (art. 5.141, al. 1^{er}, C. civ.) (nous soulignons).

absence de consentement¹⁸. Il est vrai, comme le reconnaît cet auteur, que la condition résolutoire, fût-elle purement potestative, qui porte sur un contrat tout entier présente un intérêt lorsque la convention a déjà reçu une exécution¹⁹. Le Code civil en fournit d'ailleurs plusieurs exemples²⁰. En revanche, la condition résolutoire purement potestative lui paraît tomber sous le coup de la prohibition posée par l'article 5.141 du Code civil lorsqu'elle ne présente aucune utilité pour les parties contractantes. Tel est notamment le cas lorsque la convention n'a pas encore reçu d'exécution et que la condition est fixée à un délai éloigné. Par contre, il en va différemment de l'apport au patrimoine commun ou à une société limitée qui est réalisé sous condition résolutoire ; celui-ci reçoit en effet une application immédiate et dure aussi longtemps que le régime matrimonial n'est pas dissous²¹.

5. La condition résolutoire potestative n'opère pas de plein droit. On enseigne traditionnellement que la condition résolutoire opère de plein droit. Il suffit en effet que l'événement mis sous condition se produise pour que le contrat soit résolu. Aucune décision ou manifestation de volonté des parties contractantes n'est donc requise. Cette caractéristique de la condition résolutoire la distingue d'ailleurs de la clause résolutoire qui ne fonctionne jamais de manière automatique. Sa mise en œuvre est toujours subordonnée à la volonté du créancier²².

Dans l'arrêt commenté, c'est précisément l'absence du caractère automatique de la clause qui amena la Cour d'appel à rejeter la qualification de condition résolutoire. Étant donné que sa mise en œuvre supposait l'expression d'une volonté dans le chef de l'épouse, il ne pouvait s'agir aux yeux du juge d'une condition résolutoire.

Ce raisonnement est, à juste titre, censuré par la Cour de cassation. Le caractère automatique de sa mise en œuvre ne constitue pas un trait essentiel de la condition résolutoire. On veut simplement dire par là que, lorsqu'un acte est assorti d'une condition résolutoire, la réalisation de l'événement incertain suffit à opérer la résolution de l'obligation ou du contrat. D'où l'expression que la condition opère « de manière automatique » ou « de plein droit ». En revanche, le caractère automatique disparaît lorsque la condition résolutoire est potestative. Dans ce

¹⁸ P. A. FORIERS, « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, Bruxelles-Bruges, la Charte, 2001, p. 115-126. Voy. ég., dans le même sens, *Doc.*, Parl. w., sess. 2020-2021, n° 1806/001, p. 173-174.

¹⁹ P. A. FORIERS, « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », *op. cit.*, p. 120-122.

²⁰ La vente avec arrhes (art. 1590 C. civ.) permet ainsi aux parties contractantes de se dédire de la vente, moyennant le paiement d'un prix. La vente à réméré (art. 1659 C. civ.) en constitue une autre illustration. Personne n'en conteste la validité.

²¹ Dossier n° 4379 (Chambre française), « rapport de Y.-H. LELEU », in *Rapports et Débats, Comité d'Études et de Législation (CEL)*, 2008-2009, p. 209.

²² Sur la distinction entre ces deux mécanismes, voy. not. S. STIJNS, « Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen », in S. STIJNS et K. VANDERSCHOT (dir.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2006, p. 77-131.

cas, étant donné que la réalisation de la condition dépend, en tout ou en partie, de la volonté d'une des parties au contrat, elle ne saurait opérer de plein droit. Sa mise en œuvre suppose nécessairement l'expression de la volonté émanant d'une des parties²³. Il s'agit, pour le dire autrement, d'une modalité de la réalisation de la condition.

Aussi, la Cour de cassation casse-t-elle à juste titre l'arrêt du juge d'appel qui décide que la clause litigieuse ne peut constituer une condition résolutoire au motif que le choix qui, en cas de divorce, doit être exprimé par l'époux de reprendre le bien apporté à la communauté supprime le caractère automatique qui est attaché à pareille condition, et qui sur cette base, décide que le droit de partage est d'application.

IV. ASPECTS FISCAUX DE L'APPORT SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE

1. DROITS D'ENREGISTREMENT

6. La position fédérale. L'administration fiscale fédérale (AGDP) a progressivement affiné sa position quant aux conséquences applicables en cas de réalisation de la condition résolutoire combinée à la clause d'apport d'un bien immeuble au patrimoine commun ou dans une société limitée en droits d'enregistrement²⁴.

Dans une première décision du 2 novembre 2002, ladite administration a considéré que : « la clause inscrite dans un contrat de mariage prévoyant, qu'au jour de la dissolution du régime matrimonial par divorce ou par décès, il y aura reprise par l'époux des biens qu'il a apportés au patrimoine commun, doit s'analyser de cette façon: à la dissolution du régime matrimonial, l'époux a le droit de reprendre le bien qu'il a apporté en l'imputant à la valeur au moment du partage sur sa part dans le patrimoine commun. L'époux qui reprend les biens apportés au patrimoine commun agit comme un copartageant. Par conséquent, l'acte constatant la reprise, aura un effet déclaratif et rendra exigible le droit proportionnel de partage. Dans le cas où la dissolution du régime matrimonial se réalise par décès, la soulte éventuellement payée par l'époux copartageant doit se retrouver dans l'actif de la succession de l'époux décédé »²⁵.

²³ En ce sens, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*. Vol. 1. *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 996 et s. Voy. ég. les conclusions de l'Avocat général J. VAN DER FRAENEN (F.20.0081.N).

²⁴ A. MAYEUR, « Communauté de biens entre les époux – Apport de ses immeubles propres par l'un des conjoints à la communauté – Stipulation du retour des immeubles à l'époux apporteur en cas de liquidation de la communauté par divorce ou par décès – Clause de reprise ou condition résolutoire – Régime fiscal », *Droits d'enregistrement*, 2008-2009, liv. 1, p. 4-6 ; A. CULOT, « Chapitre 4. Partage et opérations sur droits indivis », in *Chroniques notariales*, vol. 49, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 179.

²⁵ Décret du 2 novembre 2002, n° E.E./98.926, www.fisconetplus.be : cette décision remplace en réalité une décision antérieure datée du 11 décembre 1995, n° E.E./95.140 aux termes de laquelle l'admi-

Ensuite, aux termes d'une seconde décision rendue le 25 janvier 2005, l'administration fiscale fédérale a précisé la portée de la décision prémentionnée en ce que celle-ci : « [...] n'est pas applicable à l'apport au patrimoine commun d'un bien immeuble soumis à la condition résolutoire de la liquidation du régime matrimonial par divorce ou par décès. En effet, en raison du régime fiscal propre à la condition résolutoire, l'accomplissement de cette dernière ne donnera lieu qu'à la perception du droit fixe général »²⁶.

Le raisonnement tenu par l'administration fiscale peut être schématisé comme suit :

- le droit proportionnel de partage sera dû par l'époux apporteur en cas de reprise de l'immeuble par celui-ci en vertu de l'article 2.3.53, § 4, du Code civil ou de la faculté conventionnellement prévue dans le contrat de mariage ou dans l'acte modificatif du régime matrimonial contenant apport de l'immeuble au patrimoine commun ou à une société limitée ;
- le droit fixe général sera perçu en cas de reprise de l'immeuble par l'époux apporteur suite à la réalisation de la condition résolutoire du prédécès de l'époux de l'apporteur ou du divorce *expressément stipulée*²⁷ dans le contrat de mariage ou dans l'acte modificatif du régime matrimonial contenant apport de l'immeuble au patrimoine commun ou à une société limitée²⁸.

7. Les positions successives de Vlabel. Au terme d'un retentissant point de vue publié le 19 juin 2015, le *Vlaamse Belastingdienst* (en abrégé « Vlabel ») a fait part de sa position sur la question des effets en droits d'enregistrement du droit de reprise du bien apporté en cas de condition résolutoire de divorce. Pour Vlabel, si le contrat de mariage ou l'acte modificatif du régime matrimonial constatant l'apport stipule que l'époux apporteur *reprendra* l'immeuble apporté en cas de divorce, l'opération de reprise résulte de la réalisation de la condition résolutoire sur laquelle aucun droit d'enregistrement n'est dû ; le fait qu'une somme d'argent soit payée à l'autre conjoint n'y change rien. Par contre, si le contrat de mariage ou l'acte modificatif du régime matrimonial constatant l'apport prévoit que l'époux apporteur *pourra reprendre* l'immeuble apporté en cas de divorce, il s'agit d'un partage immobilier sur lequel le droit proportionnel de partage est exigible²⁹. En d'autres mots, selon Vlabel, une distinction est à

nistration fiscale a considéré que le droit fixe général était applicable à une telle opération de reprise par l'époux apporteur.

²⁶ Décret du 25 janvier 2005, n° E.E./98.926, www.fisconetplus.be ; voy. ég. dans ce sens : Question n° 4-5190 de A. VAN DERMEERSCH du 7 décembre 2009, www.fisconetplus.be.

²⁷ H. PELGROMS, « Droits d'enregistrement : apport d'un bien immobilier dans le patrimoine commun sous condition résolutoire de dissolution du régime matrimonial », message e-notariat n° 2534 du 2 mars 2005, www.fednot.be.

²⁸ X. ULRICI, « Apport sous condition résolutoire d'un bien (immeuble) au patrimoine commun ou à une société limitée – Conséquences fiscales en cas de réalisation de la condition résolutoire », *Droits d'enregistrement*, 2015/3, p. 5-6 ; F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. I, Waterloo, Kluwer, 2022, p. 399-400.

²⁹ VLABEL, « Terugname van ingebrachte onroerende goederen. Art. 2.10.1.0.1 VCF », point de vue n° 15059 publié le 19 juin 2015, <http://belastingen.vlaanderen.be>.

effectuer selon que la reprise de l'immeuble apporté en cas de réalisation de la condition résolutoire du divorce a été rendue facultative ou non :

- si l'époux apporteur ne dispose pas d'un choix de telle sorte que la reprise joue automatiquement, l'opération ne sera pas assujettie au droit de partage mais bien au droit fixe général ;
- si l'époux apporteur dispose du choix de reprendre ou non le bien, l'opération de reprise sera soumise au droit proportionnel de partage.

Cette position a fait l'objet de critiques³⁰. Ayant pris acte de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 14 octobre 2021, Vlabel adapta finalement son point de vue en considérant que si le contrat de mariage ou l'acte modificatif du régime matrimonial prévoit que le conjoint apporteur *reprendra ou pourra reprendre* les biens apportés en cas de divorce, il s'agit de la réalisation d'une condition résolutoire sur laquelle aucun droit d'enregistrement proportionnel n'est dû. En outre, le fait que le conjoint reprenneur doive s'acquitter d'un paiement n'entraînera pas davantage la déduction d'un droit proportionnel. Enfin, Vlabel précisa par la suite que ce point de vue n'est pas applicable au droit de reprise légal prévu par l'article 1455 de l'ancien Code civil^{31, 32}.

8. Observations. Tout d'abord, nous remarquons que la nouvelle position de Vlabel ne vaut que pour les apports effectués sous la condition résolutoire du divorce. Cependant, il nous semble que le raisonnement prédécrit s'applique également lorsque la condition résolutoire produit ses effets par le prédécès de l'époux de l'apporteur.

Par ailleurs, nous précisons que la reprise par l'époux apporteur de biens meubles apportés dans le patrimoine commun ou dans une société limitée n'est assujettie à aucun droit d'enregistrement proportionnel, et ce, qu'elle se réalise par l'effet d'une condition résolutoire ou par le droit de reprise consacré par l'article 2.3.53, § 4, du Code civil ; en cas de présentation de l'acte à enregistrement, seul le droit fixe général pourrait être perçu.

³⁰ À ce sujet, nous renvoyons le lecteur vers : X. ULRICI, « Apport sous condition résolutoire d'un bien (immeuble) au patrimoine commun ou à une société limitée – Conséquences fiscales en cas de réalisation de la condition résolutoire », *op. cit.*, p. 6-7.

³¹ Actuellement, l'article 2.3.53, § 4, du Code civil.

³² VLABEL, « Vereffening verdeling van een ontbonden huwgemeenschap – Terugname van ingebrachte onroerende goederen », point de vue n° 15059 publié le 8 novembre 2021 et actualisé le 22 mai 2022, <http://belastingen.vlaanderen.be> ; voy. E. BEEKEN et E. JANSSENS, « Het Hof van Cassatie bevestigt: Een optioneel ontbindende voorwaarde is en blijft een ontbindende voorwaarde. (Noot bij Cass. 14 oktober 2021) », *Not. Fisc. Maand.*, 2023/1, p. 19-31 ; M. PETIT, « Clauses résolutoires optionnelles : nouvelles positions de Vlabel », *Droits d'enregistrement*, 2022/1, p. 21-22 ; A. HEINDRYCKX, « La Cour de cassation neutralise la taxation en Flandre des clauses résolutoires optionnelles en droits d'enregistrement », *Droits d'enregistrement*, 2021/4, p. 17-20 ; A. GHYSENS, « De fiscale behandeling van een terugname, door de echtgenoot-inbrenger, van in het gemeenschappelijk vermogen ingebrachte onroerende goederen in het geval van echtscheiding », *T. Not.*, 2022, liv. 1, p. 81-84, note sous Cass., 14 octobre 2021 ; F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. II, Waterloo, Kluwer, 2022, p. 439-440 ; voy. ég. B. VERDICKT, « De inbreng onder ontbindende voorwaarde. Waakzaamheid blijft geboden », *Notariaat*, 2009, liv. 6, p. 1-6, p. 5-6.

Enfin, nous remarquons que, contrairement à l'AGDP, Vlabel semble considérer qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une condition résolutoire *expresse* de reprise de l'immeuble en cas de divorce pour éviter le droit de partage ; il suffit que le contrat de mariage ou l'acte modificatif contienne une faculté de reprise sans qu'elle soit qualifiée dans l'acte de condition résolutoire. Or, en cas de difficulté d'interprétation de la clause, il pourrait être invoqué par l'administration fiscale que la faculté de reprise soit une modalisation conventionnelle du droit de reprise légal contenu à l'article 2.3.53, § 4, du Code civil rendant exigible le droit proportionnel de partage au moment de la reprise de l'immeuble par l'époux apporteur³³. Avec d'autres, nous pensons dès lors qu'il convient de faire œuvre de prudence à cet égard en mentionnant clairement que l'apport est assorti d'une condition résolutoire de divorce ou de prédécès de l'époux apporteur afin d'éviter toute difficulté ultérieure³⁴.

9. Réforme du Livre 5 du Code civil et caractère rétroactif de la condition. Certains auteurs ont soulevé le fait que la suppression de l'effet rétroactif de la condition résolutoire pourrait remettre en cause le raisonnement prédécrit en permettant à l'administration fiscale de percevoir un droit d'enregistrement proportionnel lors de la reprise d'un droit réel immobilier³⁵. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Livre 5 du Code civil, le 1^{er} janvier 2023, la condition résolutoire ne produit ses effets que pour l'avenir³⁶. L'objectif visé par l'effet rétroactif attaché à la condition résolutoire – à savoir garantir l'effectivité du droit de retour dont jouit le donateur sous condition – est atteint par une nouvelle disposition du Code civil qui rend inopposables au créancier certains actes de disposition qui ont été accomplis pendant que la condition était pendante³⁷. Par ailleurs, la réalisation de la condition résolutoire peut donner lieu à des restitutions conformément au droit commun. La récente réforme du Livre 5 ne fournirait-elle pas un moyen permettant à l'administration fiscale d'imposer la reprise du bien par le jeu de la condition résolutoire au droit proportionnel ? Dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté, l'Avocat général Van Der Fraenen semble d'ailleurs considérer que l'absence de perception du droit proportionnel de partage est justifiée par le fait que la condition résolutoire entraîne le retour du bien dans le patrimoine de l'apporteur avec effet rétroactif³⁸.

³³ En effet, le droit civil prime le droit fiscal sauf dérogation de ce dernier, Voy. Cass., 14 mars 1974, *J.T.*, 1974, p. 462.

³⁴ E. BEEKEN et E. JANSSENS, « Het Hof van Cassatie bevestigt: Een optioneel ontbindende voorwaarde is en blijft een ontbindende voorwaarde. (Noot bij Cass. 14 oktober 2021) », *op. cit.*, p. 23 et 31.

³⁵ « Dossier n° 6403. De inbreng in onverdeeldheid onder ontbindende voorwaarde in een stelsel van scheiding van goederen », *Rapports CEL*, 2022/2, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 130.

³⁶ C. civ., art. 5.147, al. 1^{er}.

³⁷ C. civ., art. 4.172, § 2.

³⁸ M. HIGNY, « Le point (à nouveau) sur la condition résolutoire : présent et futur », *R.G.D.C.*, 2023/1, p. 20, note sous Cass., 1^{er} octobre 2021 qui traduit le passage suivant : « C'est ce dernier aspect, l'effet rétroactif de la clause, qui est important pour les conséquences en droit fiscal. En raison de l'effet rétroactif, lorsque la condition est remplie, le bien disparaît du patrimoine matrimonial et revient dans le patrimoine de l'apporteur comme s'il n'avait jamais fait partie du patrimoine matrimonial. En conséquence, en droit fiscal, seul le droit fixe général s'applique et aucun droit de partage ne doit être payé ». Nous préciserons

Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, la disposition du Code civil déniait tout effet rétroactif à la condition résolutoire revêt une valeur supplétive ; les parties peuvent donc librement y déroger en lui conférant un caractère rétroactif. De la sorte, afin d'éviter le droit proportionnel de partage en cas de reprise de l'immeuble apporté, l'époux apporteur serait inspiré de prévoir expressément que celle-ci se réalise *ex tunc*³⁹. Cependant, selon Mathieu Higny, l'importance de ce changement de paradigme dans la conception de la condition résolutoire dont la réalisation n'entraîne plus de conséquence rétroactive doit être relativisée. En effet, l'article 5.147, alinéa 2, du Code civil maintient le mécanisme des restitutions. Cette disposition consacre ainsi la thèse selon laquelle les restitutions ne sont pas la conséquence nécessaire de la rétroactivité de la condition résolutoire et qu'elles peuvent se concevoir indépendamment de celle-ci. De fait donc, il ne semble pas nécessaire de prévoir une clause d'apport à l'effet *ex tunc*/rétroactif d'autant plus cette rétroactivité conventionnelle pourrait poser la question de son opposabilité à l'administration fiscale⁴⁰. Nous rejoignons l'auteur : la véritable raison pour laquelle le droit proportionnel ne peut être perçu sur la reprise de l'immeuble par l'apporteur est justifiée par le fait que celle-ci s'opère en vertu d'un fait juridique et que le transfert de propriété trouve son origine dans l'acte d'apport initial⁴¹. L'acte qui constate l'accomplissement de la condition résolutoire ne peut qu'être enregistré au droit fixe général⁴². En effet, le transfert de propriété, c'est-à-dire la restitution, ne résulte pas d'une convention mais de l'arrivée de la condition résolutoire légale ou expresse renfermée dans l'acte d'apport ; l'opération n'est ni translative ni déclarative de droit réel immobilier et sort dès lors du champ d'application de l'article 19, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code des droits d'enregistrement⁴³. *A contrario*, un acte de partage immobilier bénéficiant

toutefois qu'en vertu de l'article 64 de la loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, sauf accord contraire des parties, la nouvelle loi ne s'applique pas aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus antérieurement à son entrée en vigueur. Les contrats conclus avant le 1^{er} janvier 2023 demeurent intégralement soumis au droit antérieur, y compris en ce qui concerne leur modification ou leur extinction postérieure à cette entrée en vigueur. Voy. R. JAFFERALI, « La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés », *J.T.*, 2023/2-3, p. 23. Autrement dit, la condition résolutoire se rapportant à un acte d'apport au patrimoine commun ou à une société limitée signé avant le 1^{er} janvier 2023 conservera son effet rétroactif.

³⁹ E. BEEKEN et E. JANSSENS, « Het Hof van Cassatie bevestigt: Een optioneel ontbindende voorwaarde is en blijft een ontbindende voorwaarde. (Noot bij Cass. 14 oktober 2021) », *op. cit.*, p. 26-27. Voy. égal. B. PAQUOT et J. LIMET, « Les concepts généraux de droit civil et leurs conséquences », *op. cit.*, p. 252-253.

⁴⁰ M. HIGNY, *op. cit.*, p. 21 citant A. BRIEGLEB et Ch.-E. LAMBERT, « La condition et le terme », in B. KOHL et P. WÉRY (dir.), *Le nouveau droit des obligations*, Commission Université-Palais, vol. 216, Limal, Anthemis, 2022, p. 331-388.

⁴¹ E. BEEKEN et E. JANSSENS, *op. cit.*, p. 26-27.

⁴² Signalons également que l'acte qui constate que l'accomplissement de la condition résolutoire ne pourrait bénéficier de l'enregistrement au droit fixe spécifique de 10 euros prévu par l'article 159bis, § 2, C. enr. wallon puisque la convention résolue (l'apport) n'est pas visée par les articles 44 à 71, 72, alinéa 2, 74 et 75, 109 à 114, 131 à 140octies du C. enr. wallon.

⁴³ A. MAYEUR, *Cours de droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, 2010, p. 46, www.fisco-netplus.be ; voy. dans ce sens : B. PAQUOT et J. LIMET, « Les concepts généraux de droit civil et leurs conséquences fiscales », *Rec. gén. enr. not.*, 2023/6, p. 251-253 et K. VAN DE SANDE, *Question de la semaine*, 15 (04/2023) n° 17061 publiée le 13 avril 2023, <https://portal.fednot.be/fr/bibliotheque-juridique/centre-de-consultation-question-de-la-semaine-15-042023>.

quant à lui de l'effet rétroactif de l'article 4.102 du Code civil sera immanquablement soumis au droit de partage^{44,45}. Nous pensons que ce raisonnement pourrait s'appliquer par analogie à la réalisation d'une condition résolutoire, indépendamment de l'effet rétroactif de cette dernière.

2. DROITS DE SUCCESSION

10. Généralités. Aucun impôt successoral n'est dû lorsqu'un bien apporté au patrimoine commun ou à une société limitée est récupéré par l'époux apportant en présence d'une condition résolutoire de prédécès de l'autre époux.

En effet, le bien ne fait pas partie de la masse successorale, de sorte que les articles 1^{er} et 2 du Code des droits de succession wallon et bruxellois et leur équivalent des articles 2.7.1.0.1. et 2.7.1.0.2. du Code de fiscalité flamande ne s'appliquent pas⁴⁶. L'article 5 du Code des droits de succession wallon et bruxellois ainsi que l'article 2.7.1.0.4. du Code de fiscalité flamande ne jouent pas, eux non plus, étant donné, d'une part qu'il ne s'agit pas d'une *attribution* du bien à l'époux apportant mais d'une reprise de plein droit par le jeu de la condition résolutoire et, d'autre part, que l'époux apportant ne récupère pas le bien *en sus* de sa part dans le patrimoine commun ou dans la société limitée puisqu'il n'en fait précisément plus partie⁴⁷. En effet, la condition résolutoire se réalise par le décès de l'autre époux et, en vertu de l'effet rétroactif dont elle est assortie, le bien apporté est considéré comme ayant appartenu *ab initio* à l'époux apportant de sorte qu'il n'est pas censé se retrouver, pour partie, à l'actif de la succession de l'autre époux prémourant suite à la liquidation du régime matrimonial⁴⁸.

Ajoutons que le caractère facultatif de la condition résolutoire n'est pas de nature modifier ce raisonnement même si, à notre connaissance, ni l'AGDP ni Vlabel

⁴⁴ F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, t. II, *op. cit.*, p. 421 et s.

⁴⁵ Qui plus est, d'après André CULOT, la révocation d'une donation immobilière par l'époux donateur en application de l'article 4.240 du Code civil n'entraînera la perception d'aucun droit d'enregistrement proportionnel dans la mesure où elle ne revêt aucun caractère onéreux ou libéral et qu'elle ne constitue pas une convention. Dès lors, il s'agit d'un acte déclaratif autre qu'un acte de partage ou assimilé, ayant pour effet que la révocation ne sera pas soumise au droit d'enregistrement proportionnel. Voy. dans ce sens : A. CULOT, « Les résolutions, résiliations et annulations – La révocation d'une donation », in *L'option, la condition et le terme*, Limal, Anthemis, 2017, p. 239-241 ; A. DUMORTIER, « La révocation et la résolution des donations », in *Conseil francophone du notariat 2020-2022. Deux ans de formation. Morceaux choisis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 194.

⁴⁶ P. DE PAGE, « Les clauses attributives à option : considérations civiles et fiscales », in *L'option, la condition et le terme*, Limal, Anthemis, 2017, p. 17.

⁴⁷ Voy. dans ce sens : K. VAN DE SANDE, *Question de la semaine*, 15 (04/2023) n° 17061 publiée le 13 avril 2023, <https://portal.fednot.be/fr/bibliotheque-juridique/centre-de-consultation-question-de-la-semaine-15-042023>.

⁴⁸ E. BEEKEN et E. JANSSENS « Het Hof van Cassatie bevestigt: Een optioneel ontbindende voorwaarde is en blijft een ontbindende voorwaarde. (Noot bij Cass. 14 oktober 2021) », *op. cit.*, p. 25 ; voy. A. MAYEUR, mise à jour par M. PETIT, *Droits de succession 2020-2021*, t. I, Kluwer, Waterloo, 2021, p. 729 et s.

ne se sont expressément prononcées sur la question⁴⁹. Nous relevons toutefois une décision anticipée de Vlabel aux termes de laquelle il a été décidé que la reprise d'un portefeuille-titres apporté par l'époux dans une société limitée en vertu d'une condition résolutoire de prédécès de l'époux non apporteur ne donnait pas lieu au paiement d'un droit de succession pour autant que le bien soit encore individualisable⁵⁰. Par ailleurs, dans un point de vue qui prête le flanc à la critique, Vlabel semble considérer que le bien soumis au droit de retour conventionnel (optionnel) est taxable dans la succession du donataire compte tenu de l'absence de caractère rétroactif de la condition résolutoire, sauf si les parties lui ont conféré un effet rétroactif dans l'acte de donation. Dans le cas contraire, selon Vlabel, il conviendra de vérifier dans l'intention des parties si le droit de retour était censé produire ses effets au décès du donataire⁵¹.

11. Réforme du Livre 5 du Code civil et caractère rétroactif de la condition. Au même titre que ce qui a été illustré en matière de droits d'enregistrement, les développements qui précèdent pourraient être remis en cause suite à l'entrée en vigueur du Livre 5 du Code civil et la suppression du caractère rétroactif de la condition résolutoire. Désormais, compte tenu de ce changement, l'administration fiscale pourrait être tentée de considérer que le bien apporté fait partie de l'actif imposable en droit de succession et imposer la reprise conformément à l'article 5 du Code des droits de succession et l'article 2.7.1.0.4. du Code de fiscalité flamande⁵². Pour éviter cet écueil et compte tenu du caractère supplétif des dispositions légales, les parties pourraient malgré tout prévoir un effet rétroactif à la condition résolutoire⁵³. Cependant, comme évoqué ci-avant, il nous semble que le caractère rétroactif n'est pas l'élément déterminant de l'absence de taxation. Ce qui est primordial réside plutôt dans le fait que le bien retourne dans le patrimoine de l'époux apportant non à titre successoral mais en vertu d'un fait juridique. Qui plus est, l'époux apportant n'a pas réellement recueilli une part plus importante que la moitié du patrimoine commun ou de la société limitée puisque le bien apporté est prioritairement extrait de ceux-ci. Dûment interrogé sur la question, Vlabel aurait confirmé ce raisonnement⁵⁴.

⁴⁹ Pour deux décisions concernant uniquement les droits d'enregistrement, voy. Vlabel, décisions anticipées n° 21050 du 30 août 2021 et n° 21059 du 25 octobre 2021, <https://www.vlaanderen.be/vlaamse-belastingdienst>.

⁵⁰ VLABEL, décision anticipée n° 21026 du 26 avril 2021, <https://www.vlaanderen.be/vlaamse-belastingdienst>.

⁵¹ VLABEL, « Optionele conventionele terugkeer van een schenking », point de vue n° 16030, publié le 4 avril 2016 et actualisé le 22 mai 2023, <http://belastingen.vlaanderen.be> ; B. PAQUOT et J. LIMET, « Les concepts généraux de droit civil et leurs conséquences fiscales », p. 251-253.

⁵² E. BEEKEN et E. JANSSENS, *op. cit.*, p. 26. Nous notons que la décision du 30 août 2021 (qui concernait un apport d'un immeuble sous condition résolutoire optionnelle du divorce) a été publiée le 8 décembre 2021, soit après le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2021.

⁵³ Tout en émettant quelques réserves quant à son opposabilité par rapport à l'administration fiscale.

⁵⁴ K. VAN DE SANDE, *Question de la semaine*, 15 (04/2023) n° 17061 publiée le 13 avril 2023, <https://portal.fednot.be/fr/bibliotheque-juridique/centre-de-consultation-question-de-la-semaine-15-042023>.

Par contre, il nous semble que l'éventuelle récompense qui serait due au patrimoine commun ou à la société limitée serait susceptible d'être imposée sur le pied de l'article 16 du Code des droits d'enregistrement et de l'article 2.7.3.2.7 du Code flamand de fiscalité en l'absence de descendants communs⁵⁵.

Exemple de clause d'apport d'un droit réel immobilier au patrimoine commun/à une société limitée sous condition résolutoire :

« 1) L'apport prédécrit effectué par *, tant du point de vue actif que passif, dans le patrimoine commun/la société limitée, est effectué **sous la condition résolutoire** du prédécès de *, les droits des créanciers sur le bien apporté s'exerçant normalement. Il s'agit d'une **faculté** qu'il appartiendra à l'apportant de faire jouer par l'intermédiaire d'un écrit à adresser au notaire chargé de la succession de l'époux non-apportant ou directement aux héritiers ou ayant-droit de l'époux non-apportant dans les quatre mois ⁵⁶suivant celui au cours duquel l'époux non-apportant est décédé (le cachet de la poste faisant foi), les droits des créanciers sur le bien apporté s'exerçant normalement. À défaut d'avoir pris attitude dans ce délai, l'apportant sera censé avoir renoncé à l'application de la présente condition résolutoire.

2) Le présent apport est en outre fait **sous la condition résolutoire** de la dissolution du patrimoine commun/de la société limitée à la suite du prononcé du jugement de divorce, quelle qu'en soit la cause, ou du prononcé d'un jugement de séparation judiciaire.

Il s'agit d'une **faculté** qu'il appartiendra à l'apportant de faire jouer par écrit à adresser à l'époux non-apportant ou au notaire chargé de la liquidation du régime matrimonial dans les six mois⁵⁷ suivants celui au cours duquel les jugements prédécrits auraient été prononcés (le cachet de la poste faisant foi), les droits des créanciers sur le bien apporté s'exerçant normalement. À défaut d'avoir pris attitude dans ce délai, l'apportant sera censé avoir renoncé à l'application de la présente condition résolutoire.

Les comparants conviennent, pour les points 1) et 2) prédécrits, les modalités suivantes :

⁵⁵ A. MAYEUR, mise à jour par M. PETIT, *Droits de succession 2020-2021*, t. I, Kluwer, Waterloo, 2021, p. 811 et s.

⁵⁶ Nous préconisons un délai de quatre mois dans la mesure où celui-ci correspond au délai de dépôt de la déclaration de succession pour un *de cuius* habitant du Royaume.

⁵⁷ Étant donné les délais de procédure, un délai d'option de six mois nous paraît être un minimum pour l'époux apportant. Voy. ég., dans le même sens : Ph. DE PAGE et I. DE STEFANI, *Traité de droit civil*. Tome IX. *Les régimes matrimoniaux*. Vol. 2. *Régimes conventionnels et droit international privé*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2019, n° 415.

a) Le bien se retrouve en nature dans le patrimoine commun/ la société limitée :

Si la condition résolutoire sort ses effets comme dit ci-avant, ledit immeuble retournera dans le patrimoine de l'apportant, gratuitement, mais moyennant la prise en charge par lui du passif encore dû au moment de la réalisation de la condition résolutoire et ayant servi à la construction, la conservation, l'amélioration ou la transformation de l'immeuble.

Par ailleurs, l'apportant sera tenu d'indemniser le patrimoine commun/la société limitée, à concurrence des sommes qui auraient été investies par celui/celle-ci pour la conservation, l'amélioration ou la transformation de l'immeuble, le tout par référence aux règles prévues par les articles 2.3.43 et suivants du Code civil⁵⁸. En tout état de cause, le montant de l'indemnité correspondra au minimum à l'appauvrissement supporté par le patrimoine commun/la société limitée. La preuve de l'existence de cette créance incombera toutefois à l'époux non-apportant.

Afin de permettre de calculer l'éventuelle réévaluation de l'indemnité dont question au paragraphe précédent, la plus-value prise par le bien immeuble sera déterminée de commun accord entre les intéressés, soit, à défaut d'accord, par un expert désigné de commun accord par les intéressés, et à défaut d'accord, cette désignation sera faite par le juge de paix du canton de la situation de l'immeuble agissant à la requête de la partie la plus diligente.

L'apportant fera alors constater la réalisation de la condition résolutoire par acte notarié à transcrire à l'Administration générale de la documentation patrimoniale⁵⁹.

⁵⁸ Pour un cas d'application, voy. Gand, 10 mars 2016, *T. Not.*, 2016, liv. 9, p. 663.

⁵⁹ L'accomplissement de la réalisation d'une condition résolutoire liée à un transfert de droit réel immobilier ne nécessite en elle-même pas d'acte authentique transcrit auprès de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale puisque les tiers ont pu être valablement informés du transfert du droit réel immobilier par le biais de la transcription de l'acte d'apport initial, en ce compris des conditions résolutoires dont il serait assorti. Voy. R. PONCELET, E. GENIN, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Traités des hypothèques et de la transcription », in *Rep. not.*, t. X, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 150-151 ; M. DE CLERCQ, « Art. 1 Hyp. W. », in *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer, 2017, p. 70-71 ; N. VANDEBEEK, « Schenkingen en legaten. Enkele bijzondere beschikkingen », in *Het onroerend goed in de praktijk*, Malines, Kluwer, 2015, p. 210. Et dans ce sens : Gand, 10 mars 2016, *T. Not.*, 2016, liv. 9, p. 663. Cependant, dans un souci de sécurité juridique, nous recommandons l'établissement d'un acte authentique transcrit lorsque l'accomplissement de la condition résolutoire dépend de la manifestation de volonté d'une des parties, comme par exemple, en cas de condition résolutoire optionnelle. Voy. X. ULRICI, « Constatation de la réalisation des conditions suspensive ou résolutoire en droits d'enregistrement et au regard de la publicité foncière », *Rec. gén. enr. not.*, 2018/3, p. 132. Voy. ég. « Dossier n° 6403. De inbreng in onverdeeldheid onder ontbindende voorwaarde in een stelsel van scheiding van goederen », *op. cit.*, p. 131 et 3.

b) Le bien ne se retrouve plus en nature dans le patrimoine commun/la société limitée :

Si le bien a été aliéné à titre onéreux et que le prix ou l'indemnité de substitution est tombé dans le patrimoine commun/la société limitée, au jour de la réalisation de la condition résolutoire dans les hypothèses ci-avant prévues, une somme égale au prix de vente du bien ou d'une indemnité de substitution pourra être prélevée par l'apportant, dans le patrimoine commun/ la société limitée⁶⁰, après remboursement du passif relatif au bien apporté encore dû au moment de la réalisation de la condition résolutoire et ayant servi à la conservation, l'amélioration ou la transformation de l'immeuble, et, le cas échéant, les intérêts qui auraient été produits par cette somme, sous réserve d'une éventuelle indemnisation de la manière prévue au point a) ».

⁶⁰ Art. 3.10 C. civ.

AAN WIE KOMT, IN HET WETTELIJK HUWELIJKSVERMOGENSSTELSEL, DE MEERWAARDE TOE, DIE GEGENEREERD IS DOOR ARBEIDSINSPANNINGEN DIE GELEVERD ZIJN DOOR ÉÉN VAN DE ECHTGENOTEN.

REFLECTIE BIJ HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 9 SEPTEMBER 2021

Dominique PIGNOLET

In het arrest van 9 september 2021 moest het Hof van Cassatie zich opnieuw buigen over de vraag of het gemeenschappelijk vermogen, overeenkomstig artikel 2.3.44 BW (art. 1432 oud BW), al dan niet recht heeft op een vergoeding wanneer een echtgenoot werken heeft uitgevoerd aan zijn eigen goed dat hierdoor in waarde is gestegen. Het Hof oordeelt dat: *“de echtgenoot die tijdens het huwelijk inspanningen levert ten voordele van een eigen goed waardoor een meerwaarde werd gerealiseerd, geen vergoeding is verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen ingeval die inspanningen een bijdrage in de lasten van het huwelijk uitmaken. Ingeval die inspanningen geen bijdrage in de lasten van het huwelijk vormen, geven zij slechts aanleiding tot vergoeding in zoverre het gemeenschappelijk vermogen hierdoor inkomsten heeft moeten derven. De verrijking van het eigen vermogen door arbeid van een echtgenoot buiten een professionele context en in die zin zonder inkomstenderving brengt geen verarming van het gemeenschappelijk vermogen mee en kan bijgevolg geen aanleiding geven tot vergoeding¹.”*

Uit dit arrest, dat in de lijn ligt van eerdere rechtspraak², kunnen twee regels worden afgeleid. Vooreerst oordeelt het Hof dat arbeidsinspanningen geleverd ten behoeve van een eigen goed nooit aanleiding geven tot een vergoeding aan het gemeenschappelijk vermogen wanneer de uitgevoerde werken kaderen bin-

¹ Cass. 9 september 2021, C.21.0017.N, *T.Not.* 2022/2, p. 177-179, *RABG* 2022, 169; *TEP* 2022, 362; *TEP* 2022/3, p. 362-364.

² Cass. 5 september 2013, www.cass.be, *NFM* 2014, 136, noot A. VAN THIENEN, *RNB* 2014, 748, noot Y.-H. LELEU, *RTDF* 2014, 368, *TBBR* 2014, 202, noot N. TORFS; *TEP* 2015/2, p. 109-242; Cass. 30 januari 2014, www.cass.be, *NFM* 2014, 138, noot A. VAN THIENEN, *RABG* 2014, 1037, *T.Not.* 2014, 468, *TEP* 2015/2, p. 109-242; Cass. (1e k.) 29 juni 2017, C.13.0376.F, *T.Fam.* 2019, nrs. 3-4, p. 101-105, noot J. DU MONGH, “Vergoeding voor materiële arbeid of werkkracht: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid”; *RCJB* 2020, n° 1, p. 99-128, noot Ph. DE PAGE, “L’industrie personnelle d’un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?” *TEP* 2018/3, p. 397-399.

nen de bijdrageplicht in de huwelijkslasten. Vervolgens zal, zelfs indien deze arbeidsinspanningen de grenzen van de bijdrageplicht overtreffen, nog steeds geen vergoeding aan de gemeenschap verschuldigd zijn zolang de gemeenschap, ingevolge deze arbeidsinspanningen, die worden uitgevoerd buiten elke professionele context, geen inkomsten heeft gederfd.

Dat arbeidsinspanningen, geleverd in uitoefening van de bijdrageplicht in de huwelijkslasten (art. 221, eerste lid oud BW), geen grondslag bieden voor enige vergoeding wordt algemeen aanvaard, ook wanneer deze prestaties een meerwaarde hebben gecreëerd voor het eigen goed van de klussende echtgenoot³. Er wordt inderdaad aangenomen dat wanneer de voldoening van de huwelijkslast de oorzaak van de werkzaamheden is, de klussende echtgenoot zijn wettelijke verplichting heeft nagekomen. Artikel 2.3.44 BW bepaalt dat het gemeenschappelijk vermogen aanspraak maakt op een vergoeding telkens het heeft gediend om een eigen schuld van één van de echtgenoten te betalen of telkens wanneer het een persoonlijk voordeel heeft genoten uit het gemeenschappelijk vermogen. Door de nakoming van een wettelijke verplichting heeft de klussende echtgenoot zich niet verrijkt. Hij heeft geen voordeel genoten in de zin van artikel 2.3.44 BW. Correlatief heeft de gemeenschap zich ook niet verarmd vermits deze inspanningen gediend hebben om een, overeenkomstig artikel 2.3.25, § 1, 2° BW gemeenschappelijke last te voldoen. Door zijn inspanningen ontlast de klussende echtgenoot de huwelijksgemeenschap van uitgaven. Bij gebrek aan vermogensverschuiving is er dan ook geen vergoeding verschuldigd⁴.

Of arbeidsinspanningen al dan niet kaderen binnen de huwelijkslasten is een feitenkwestie. De feitenrechter oordeelt hierover soeverein⁵. De rechtspraak hanteert een ruim concept⁶. Huishoudlasten betreffen alle kosten van het gezin, zowel de

³ R. BARBAIX, “Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2014” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (3) 11, nr. 11; Y.-H. LELEU, “L’art. 1342 C. civ. impose-t-il, en régime de communauté, que l’époux qui accomplit un travail matériel améliorant un bien propre qui en retiré une plus-value, doit récompense au patrimoine commun?”, noot onder Cass. 5 september 2013, *RNB* 2014, 753; L. SAUVEUR, “Quand le bricolage fait rage et la rénovation déchaîne les passions”, noot onder Cass. 5 september 2013 en Luik 28 november 2012, *RTDF* 2014, 377; N. TORFS, “Zijn werken uitgevoerd door een van de echtgenoten aan een eigen onroerend goed te beschouwen als zijn ‘bijdrage in de lasten van het huwelijk’?”, noot onder Cass. 5 september 2013, *TBBR* 2014, 205.

⁴ J. DU MONGH, “Het Hof van Cassatie redt de klussende echtgenoot, familie en vrienden. Pleidooi voor gezond verstand”, noot onder Cass. 30 januari 2014, *T.Fam.* 2016, 62; A. VAN THIENEN, “Is de klussende echtgenoot vergoeding verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen voor werken die hij uitvoert aan een eigen onroerend goed?”, noot onder Cass. 5 september 2013 en Cass. 30 januari 2014, *NFM* 2014, 144; L. VOET, “Vorderingen tussen partners omtrent investeringen in en genot van een onroerend goed” in G. VERSCHULDEN (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat – deel 30*, Brugge, die Keure, 2017, (147) 194.

⁵ A. VAN THIENEN, “Is de klussende echtgenoot vergoeding verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen voor werken die hij uitvoert aan een eigen onroerend goed?” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, p. 166-167, nr. 12.

⁶ Zie J. DU MONGH, “Het Hof van Cassatie redt de klussende echtgenoot, familie en vrienden. Pleidooi voor gezond verstand”, noot onder Cass. 30 januari 2014, *T.Fam.* 2016, 61 en de aldaar aangehaalde voorbeelden.

kosten voor de persoonlijke behoeften als die voortvloeiend uit de samenleving, en omvatten derhalve ook (bepaalde) kosten van huisvesting⁷. Uit deze ruime omschrijving van de huwelijkslasten volgt dat alle kosten die gekoppeld zijn aan de gezamenlijke verwerving, onderhoud en instandhouding van een onroerend goed binnen de huishoudlasten vallen⁸. De discussie rijst evenwel wanneer het geen gezamenlijk, maar wel eigen goed van één van de echtgenoten betreft. Algemeen aanvaardt men dat onderhouds- en herstellingswerken aan een eigen goed, dat al dan niet de gezinswoning is, binnen deze bijdrageplicht vallen; ze vormen een tegenprestatie voor het gemeenschappelijk karakter van de inkomsten uit dit eigen goed (art. 2.3.22, § 1, 2° BW)⁹. Verbeteringswerken liggen gevoeliger, ook al wordt aangenomen dat wanneer dat eigen goed de gezinswoning is en deze werken aangewezen zijn in het licht van de bestemming van dit goed, er eveneens sprake zal zijn van de voldoening van de bijdrageplicht in de huwelijkslasten. Dit geldt eveneens wanneer deze (verbouwings)werken worden uitgevoerd in functie van specifieke omstandigheden binnen het gezin, zoals de huisvesting van een gezinslid met een beperking of andere specifieke behoeften¹⁰.

Hoe dan ook zal de kwalificatie van een arbeidsinspanning als een uitvoering van de bijdrageplicht in de huwelijkslasten steeds het recht op vergoeding uitsluiten, ook wanneer deze persoonlijke arbeidsinspanning een meerwaarde genereert aan het eigen goed van één van de echtgenoten. Dit impliceert dat het recht beperkter zal zijn naarmate het concept van huwelijkslasten een ruimere invulling krijgt.

Het Hof van Cassatie onderwerpt het recht op vergoeding aan een tweede beperking door te oordelen dat als een arbeidsinspanning de bijdrageplicht overstijgt,

⁷ Van den Broeck omschrijft de huwelijkslasten als “*alle uitgaven die voortvloeien uit de gemeenschappelijke huishouding van de echtgenoten en hun eventuele kinderen, zoals kosten voor huisvesting en geneeskundige verzorging. Het gaat daarbij niet alleen om kosten die samenhangen met hun familiale leven, maar ook om uitgaven voor hun persoonlijke behoeften.*” A. VAN DEN BROECK, “Financiële gevolgen van arbeidsinspanningen door een echtgenoot aan een eigen goed van een van de echtgenoten”, *TEP* 2015, (263) 272, nr. 19 en de verwijzingen aldaar; zie ook Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples in Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 285, nrs. 234; Y.-H. LELEU, “L’art. 1342 C. civ. impose-t-il, en régime de communauté, que l’époux qui accomplit un travail matériel améliorant un bien propre qui en retiré une plus-value, doit récompense au patrimoine commun?”, noot onder Cass. 5 september 2013, *RNB* 2014, 753.

⁸ Cass. 24 april 1976, *RW* 1976-77, noot CASMAN; Gent 27 mei 2004, *TBBR* 2006, 372; Brussel 9 februari 2005, *RW* 2007-08, 27; Antwerpen 4 november 2009, *RW* 2012-13, 465; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 71-72, nrs. 101-102 en 304-305, nr. 559; A.-L. VERBEKE, E. ADRIAENS, E. GOOSSENS en A. VAN DEN BROECK (eds.), “Rechtspraakfiches Familiaal Vermogensrecht 2014”, *TEP* 2015/2, p. 132.

⁹ P. DE PAGE en I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge, IX, Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 2019, 509, nr. 344.

¹⁰ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 201-205, nr. 362; P. DE PAGE en I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge, IX, Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 2019, 509, nr. 344; C. DE WULF, *Rechtsherstel voor verschuivingen van vermogen bij het einde van een huwelijk en bij het einde van een samenwoning*, Brugge, die Keure, 2017, 33; A. VAN THIENEN, “De klussende *homo economicus* in partnerrelaties. Wanneer is vergoeding verschuldigd door of aan de partner die zelf de handen uit de mouwen steekt”, *RW* 2021-22, p. 1613-1614.

er slechts een recht op vergoeding aan de gemeenschap zal ontstaan wanneer deze daadwerkelijk inkomsten heeft gederfd. De verrijking van het eigen vermogen door arbeid van een echtgenoot buiten een professionele context en in die zin zonder inkomstenderving brengt, volgens het Hof, geen verarming van het gemeenschappelijk vermogen mee en kan bijgevolg geen aanleiding geven tot vergoeding in de zin van artikel 2.3.44, 1e lid BW.

Deze stelling geeft aanleiding tot enige bedenking. Algemeen beoogt de vergoedingsleer in het wettelijk stelsel het herstel van het verstoord evenwicht tussen eigen vermogens en de gemeenschap¹¹. In het arrest van 5 september 2013 heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat de vermogensverschuiving niet noodzakelijk materieel of financieel moet zijn¹². De gemeenschap zal eveneens vergoedingsgerechtigd zijn telkens wanneer de gemeenschap inkomsten heeft gederfd omdat de door een echtgenoot geleverde inspanningen uitsluitend ten goede zijn gekomen aan zijn eigen vermogen. Het “voordeel”-concept van artikel 2.3.44, 1e al. BW heeft derhalve een algemene draagwijdte die de loutere daadwerkelijke vermogensverschuiving overtreft en elke derving van inkomsten viseert¹³.

Voor wat de derving van inkomsten betreft, verwijst het Hof van Cassatie specifiek naar beroepsinkomsten. Het Hof oordeelt dat enkel arbeid geleverd binnen de professionele context overeenkomstig artikel 1405, 1 oud BW (nu art. 2.3.22, § 1, 1° BW) gemeenschappelijk is, en dus, *a contrario*, dat daarbuiten de persoonlijke werkkracht en de waarde ervan eigen zijn aan elke echtgenoot gehuwd onder het wettelijk stelsel. Het Hof hanteert een restrictieve invulling van het beroepsinkomstenbegrip¹⁴. In het arrest van 29 juni 2017 oordeelde het Hof

¹¹ N. TORFS en S. VANDEMAELE, “Arbeid geleverd door een echtgenoot gehuwd onder het wettelijk stelsel en vergoedingen” in W. PINTENS, C. DECLERCK en J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (191) 198-199, nr. 11.

¹² Cass. 5 september 2013, www.cass.be, *NFM* 2014, 136, noot A. VAN THIENEN, *RNB* 2014, 748, noot Y.-H. LELEU, *RTDF* 2014, 368, *TBBR* 2014, 202, noot N. TORFS; *TEP* 2015/2, p. 109-242.

¹³ J. DU MONGH, “Het Hof van Cassatie redt de klussende echtgenoot, familie en vrienden. Pleidooi voor gezond verstand”, noot onder Cass. 30 januari 2014, *T.Fam.* 2016, 61; C. DECLERCK, “Secundair huwelijksvermogensstelsel” in W. PINTENS en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 16-17, nr. 27.

¹⁴ Cass. 9 september 2021, *TEP* 2022/3, Rechtspraakfiche, p. 362-364: “*Krachtens artikel 1405.1 en 4, Oud Burgerlijk Wetboek, zoals hier van toepassing, zijn onder meer gemeenschappelijk: de inkomsten uit de beroepsbezigheden van elk der echtgenoten, alle inkomsten of vergoedingen die ze vervangen of aanvullen, evenals de inkomsten uit openbare of particuliere mandaten en alle goederen waarvan niet bewezen is dat zij aan een der echtgenoten eigen zijn in gevolge enige wetsbepaling. Hieruit volgt dat de echtgenoot die tijdens het huwelijk inspanningen levert ten voordele van een eigen goed waardoor een meerwaarde werd gerealiseerd, geen vergoeding is verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen ingeval die inspanningen een bijdrage in de lasten van het huwelijk uitmaken. Ingeval die inspanningen geen bijdrage in de lasten van het huwelijk vormen, geven zij slechts aanleiding tot vergoeding in zoverre het gemeenschappelijk vermogen hierdoor inkomsten heeft moeten derven. De verrijking van het eigen vermogen door arbeid van een echtgenoot buiten een professionele context en in die zin zonder inkomstenderving brengt geen verarming van het gemeenschappelijk vermogen mee en kan bijgevolg geen aanleiding geven tot vergoeding.*” Zie ook Cass. 29 juni 2017, *T.Fam.* 2019, 101, noot DU MONGH, “Rechtspraakfiches 2017”, *TEP* 2018, 397; Cass. 30 januari 2014, www.cass.be, *NFM* 2014, 138, noot A. VAN THIENEN, *RABG* 2014, 1037, *T.Not.* 2014, 468, *TEP* 2015/2, p. 109-242; Cass. (1e k.) 29 juni 2017, C.13.0376.F, *T.Fam.* 2019, nrs. 3-4, p. 101-105, noot J. DU MONGH, “Vergoeding voor materiële

trouwens: “*Il suit de ces dispositions que sont propres à chacun des époux mariés sous le régime légal, sa force de travail personnelle et la valeur qui la représente.*”¹⁵ De onder het wettelijk stelsel gehuwde echtgenoot behoudt de vrije beschikking over zijn niet-professionele werkkracht. Hij is dus vrij om deze te besteden aan zijn eigen vermogen, de gemeenschap of het eigen vermogen van zijn echtgenoot¹⁶. Dit betekent dat elke verrijking van het eigen vermogen door arbeid van een echtgenoot buiten een professioneel context en zonder inkomstenderving, geen verarming van de gemeenschap genereert en dus geen aanleiding geeft tot vergoeding¹⁷. Dit zal onder meer het geval zijn wanneer deze werken zijn uitgevoerd tijdens de vrije tijd of in een periode van (economische) werkloosheid¹⁸ of, meer algemeen, wanneer de gewone beroepsactiviteit is blijven doorlopen. *A contrario* is er dus wel verarming van het gemeenschappelijk vermogen en dus aanleiding tot vergoeding in geval van inkomstenderving of bij werken binnen een professionele context.

De Wulf meent dat de cassatierechtspraak een ruime draagwijdte heeft en zich derhalve niet beperkt tot de situatie waarbij de werken zijn uitgevoerd aan een eigen goed van de klussende echtgenoot, maar ook dient te worden toegepast wanneer de werken zijn uitgevoerd aan een gemeenschappelijk goed, dan wel een eigen goed van de niet-klussende echtgenoot¹⁹.

Dit impliceert dat wanneer de werken zijn uitgevoerd aan een eigen goed van de niet-klussende echtgenoot, er hoogstens aanspraak zal kunnen worden gemaakt op een schuldvordering overeenkomstig artikel 2.3.51 BW. Het betreft in dat

arbeid of werkkracht: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid”, *RCJB* 2020, nr. 1, p. 99-128, noot Ph. DE PAGE, “L’industrie personnelle d’un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?” *TEP* 2018/3, p. 397-399; C. DE WULF, *Rechtsherstel voor verschuivingen van vermogen bij het einde van een huwelijk en bij het einde van een samenwoning*, Brugge, die Keure, 2017, 31-35, nrs. 62-70; J. DU MONGH, “Vergoeding voor materiële arbeid of werkkracht: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid”, noot onder Cass. 29 juni 2017, *TFam.* 2019, 102-105; A. VAN THIENEN, “Is de klussende echtgenoot vergoeding verschuldigd aan het gemeenschappelijk vermogen voor werken die hij uitvoert aan een eigen onroerend goed?”, noot onder Cass. 5 september 2013 en Cass. 30 januari 2014, *NFM* 2014, 142-147.

¹⁵ Cass. (1e k.) 29 juni 2017, C.13.0376.F, *TFam.* 2019, nrs. 3-4, p. 101-105, noot J. DU MONGH, “Vergoeding voor materiële arbeid of werkkracht: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid”; *RCJB* 2020, n° 1, p. 99-128, noot Ph. DE PAGE, “L’industrie personnelle d’un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?”, *TEP* 2018/3, p. 397-399.

¹⁶ Zie in die zin, het oordeel van advocaat-generaal Vandewal overeenkomstig hetwelk uit artikel 1405, 1 oud BW “*men niet zomaar kan afleiden dat de vrucht van niet-professionele arbeid steeds aan de gemeenschap zou toekomen. Al worden beroepsinkomsten in de rechtsleer ruim geïnterpreteerd, toch meen ik niet dat elke vrucht van arbeid een beroepsinkomst uitmaakt*”, aangeh. J. DU MONGH, noot onder Cass. 29 juni 2017, *TFam.* 2019, p. 103. In dezelfde zin M. GOOVAERTS, “De klussende echtgenoot is niet langer de klos: slechts in beperkte mate kan het gemeenschappelijk vermogen een vergoedingsaanspraak doen gelden”, noot onder Cass. 9 september 2021, *RABG* 2022, 185.

¹⁷ C. DECLERCK, “Secundair huwelijksvermogensstelsel” in *Patrimonium 2021*, Brugge, die Keure, 2021, p. 11.

¹⁸ Famrb. Namen (afd. Namen) 23 december 2019, *RPP-PBI* 2020, 394, noot E.N. KASOKO.

¹⁹ C. DE WULF, “Heeft de klussende echtgenoot recht op een vergoeding lastens de gemeenschap voor de meerwaarde die hij met extra arbeid tot stand heeft gebracht aan een gemeenschappelijk goed?”, *T.Not.* 2021, 824.

geval een eventuele vermogensverschuiving tussen de twee eigen vermogens, waarop de vergoedingsleer niet van toepassing is²⁰.

Wanneer de werken dan weer zijn uitgevoerd aan een gemeenschappelijk goed wordt verwezen naar artikel 2.3.45 BW. Deze bepaling stelt dat de gemeenschap een vergoeding verschuldigd zal zijn telkens als ze voordeel heeft getrokken uit de eigen goederen van een van de echtgenoten. Om sluitend te zijn en steeds rekening houdend met dezelfde beperkingen die volgen uit de cassatierechtspraak²¹ moet men derhalve aannemen dat wanneer deze niet-professionele, en derhalve eigen, persoonlijke werkkracht wordt aangewend ten behoeve van een gemeenschappelijk goed en dat goed hierdoor een meerwaarde geniet, er wél een verarming is van het eigen vermogen van de klussende echtgenoot en een correlair voordeel voor de gemeenschap. De klussende echtgenoot zou bijgevolg aanspraak kunnen maken op een vergoeding²².

In een arrest van 7 januari 2021 heeft het hof van beroep van Gent evenwel geoordeeld van niet²³. Het hof komt niet tot dit besluit door een (te) ruime draagwijdte te geven aan het concept van de beroepsinkomsten (art. 2.3.22, § 1, 1^o BW), maar wel door in essentie te verwijzen naar de residuaire gemeenschapskwalificatie. Een vergoeding toekennen aan de klussende echtgenoot zou strijdig zijn met het beginsel dat in een gemeenschapsstelsel iedere aangroei van het vermogen in beginsel toekomt aan de gemeenschap en dat de aangroei van het eigen vermogen restrictief moet worden geïnterpreteerd als uitzondering op dit beginsel²⁴. Het hof meent dat de cassatierechtspraak in het voorliggend geval niet (analogisch) van toepassing zou zijn vermits de meerwaarde niet was genoten door een eigen goed, maar door een gemeenschappelijk goed. Het hof oordeelt m.a.w. dat de cassatierechtspraak slechts een restrictieve draagwijdte zou hebben²⁵.

²⁰ Zie ook A. VAN THIENEN, “De klussende *homo economicus* in partnerrelaties. Wanneer is vergoeding verschuldigd door of aan de partner die zelf de handen uit de mouwen steekt”, *RW* 2021-22, p. 1617.

²¹ Geen voldoening van de bijdrageplicht en geen inkomstenderving voor de gemeenschap (niet-professionele prestaties).

²² Zie in dit verband Y.-H. LELEU en L. SAUVEUR, “Examen de jurisprudence (2006-2017), Régimes matrimoniaux”, *RCJB* 2018, p. 407; anders, P. DE PAGE, “L’industrie personnelle d’un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?”, noot onder Cass. 29 juni 2017, *RCJB* 2020, 124-125. Zie in dit verband C. DE WULF, *Rechtsherstel voor verschuivingen van vermogen bij het einde van een huwelijk en bij het einde van een samenwoning*, Brugge, die Keure, 2017, p. 35.

²³ Gent 7 januari 2021, *T.Not.* 2021, 823-825, noot C. DE WULF, “Heeft de klussende echtgenoot recht op een vergoeding lastens de gemeenschap voor de meerwaarde die hij met extra arbeid tot stand heeft gebracht aan een gemeenschappelijk goed?”

²⁴ In dezelfde zin, R. BARBAIX, “Hoofdstuk 2 - Secundair huwelijksvermogensrecht” in *Handboek Familiaal vermogensrecht* (tweede editie - gebonden editie, Brussel, Intersentia, 2018, p. 204, nr. 362.

²⁵ In die zin P. DE PAGE, “L’industrie personnelle d’un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?”, noot onder Cass. 29 juni 2017, *RCJB* 2020, 107 e.v.; A. VAN THIENEN, “De klussende *homo economicus* in partnerrelaties. Wanneer is vergoeding verschuldigd door of aan de partner die zelf de handen uit de mouwen steekt”, *RW* 2021-22, p. 1611 e.v.

De discussie over de al dan niet verruimde draagwijdte van deze cassatierecht-spraak²⁶, ook in situaties waarbij de werken worden uitgevoerd aan een goed dat niet eigen is aan de klussende echtgenoot, legt de fragiliteit van de stellingname van het Hof van Cassatie bloot, meer bepaald het moeilijk evenwicht tussen de persoonlijke vrijheid van de klussende echtgenoot die zich in de voorliggende cassatierechtspraak vertaalt in de eigen kwalificatie van de werkkraft en de waarde ervan enerzijds en de basisbeginselen van het wettelijk huwelijksvermogensstelsel anderzijds. Het wettelijk stelsel streeft inderdaad naar een evenwicht tussen de autonomie van de echtgenoten en hun onderlinge solidariteit. Deze solidariteit uit zich in de gemeenmaking van de aanwinsten, zijnde het vermogen dat de echtgenoten, ongeacht hun onderlinge taakverdeling, tijdens het huwelijk opbouwen. Het gemeenschappelijk vermogen is gebaseerd op de gemeenschap van inspanningen en werk ("*efforts et travail*")²⁷, waardoor het huwelijk een economisch partnerschap wordt. Tijdens de werking van het stelsel wordt dit versterkt en bevestigd door het gemeenschapsvermoeden. Bij de ontbinding van het stelsel vertaalt zich dit in de gelijke verdeling van deze aanwinsten tussen de echtgenoten²⁸.

Samen met verscheidene auteurs kan men zich de vraag stellen of deze beperkende benadering van het recht op vergoeding van de gemeenschap door het Hof van Cassatie terecht is²⁹. Moet men er integendeel niet van uitgaan dat elke vermogensaanwinst ingevolge arbeidsinspanningen van een echtgenoot aan de gemeenschap toekomt, ongeacht of deze al dan niet geleverd is in een professionele context en ongeacht of de gemeenschap al dan niet inkomsten heeft gederfd? Dit aannemen heeft tot gevolg dat wanneer de meerwaarde in het gemeenschappelijk vermogen valt, er geen vergoeding verschuldigd is. Wanneer daarentegen deze meerwaarde in het eigen vermogen van één van de echtgenoten valt (dus niet enkel het eigen vermogen van de klussende echtgenoot, maar ook dat van de andere echtgenoot), de gemeenschap wel vergoedingsgerechtigd

²⁶ De Wulf spreekt zelfs van een algemeen rechtsbeginsel (C. DE WULF, "Heeft de klussende echtgenoot recht op een vergoeding lastens de gemeenschap voor de meerwaarde die hij met extra arbeid tot stand heeft gebracht aan een gemeenschappelijk goed?", noot onder Gent 7 januari 2021, *T.Not.* 2021, 823-825.). Zie evenwel genuanceerder P. DE PAGE, "L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?", noot onder Cass. 29 juni 2017, *RCJB* 2020, 124, nr. 16 e.v.

²⁷ P. DE PAGE en I. DE STEFANI, "Section 1 - Généralités" in *Tome IX – Les régimes matrimoniaux*, 1e ed., Brussel, Bruylant, 2019, p. 262. Of nog "*épargne et travail*", Y.-H. LELEU, "[Introduction]" in *Droit patrimonial des couples*, 2e ed., Brussel, Larcier, 2021, p. 94.

²⁸ R. BARBAIX, "Hoofdstuk 2 - Secundair huwelijksvermogensrecht" in *Handboek Familiaal vermogensrecht* (tweede editie - gebonden editie), Brussel, Intersentia, 2018, p. 48, nr. 85.

²⁹ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, 2e ed., Brussel, Larcier, 2021, p. 286; Y.-H. LELEU, "L'art. 1342 C. civ. impose-t-il, en régime de communauté, que l'époux qui accomplit un travail matériel améliorant un bien propre qui en retiré une plus-value, doit récompense au patrimoine commun?", noot onder Cass. 5 september 2013, *RNB* 2014, 754; R. BARBAIX, "Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2014" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 12; L. SAUVEUR, "Quand le bricolage fait rage et la rénovation déchaîne les passions", noot onder Cass. 5 september 2013 en Luik 28 november 2012, *RTDF* 2014, 378.

wordt, lastens het eigen vermogen dat die meerwaarde heeft genoten³⁰. Men herinnert er hier aan dat het toepassingsgebied van deze vraagstelling in de praktijk *de facto* al erg beperkt is ingevolge de ruime interpretatie van de bijdrage in de huishoudlasten, die elk recht op vergoeding uitsluit³¹.

Een eerste deel van het antwoord situeert zich op het niveau van het concept van de verarming inzake vergoedingen. Overeenkomstig artikel 2.3.44 BW is een vergoeding verschuldigd “... *in het algemeen, telkens als hij persoonlijk voordeel heeft getrokken uit het gemeenschappelijk vermogen*”. Zoals gesteld, aanvaarden rechtspraak en rechtsleer dat artikel 2.3.44 BW een ruime draagwijdte heeft. Deze algemene draagwijdte wordt benadrukt door de libellering van de wet (“*telkens*”, “*toutes les fois*”). Bijgevolg is een vergoeding verschuldigd telkens wanneer het ene vermogen zich verrijkt ten koste van de andere³². Het betreft een vermogensrechtelijk voordeel, en dus niet enkel een persoonlijk voordeel. Dit voordeel moet bovendien niet noodzakelijk exclusief eigen zijn³³. Hij moet weliswaar bewezen worden, maar dat zal het geval zijn zodra het gemeenschappelijk vermogen een aangroei van het eigen vermogen tijdens de werking van het stelsel³⁴ kan aantonen. Dit volgt uit het feit dat de oorsprong van de fondsen, tenzij bij tegenbewijs, verondersteld wordt gemeenschappelijk te zijn ingevolge het gemeenschapsvermoeden³⁵. De wet vereist geen vermogensverschuiving in de zin van een werkelijke overdracht van gelden van het ene vermogen naar het andere; een derving van inkomsten volstaat³⁶.

Wanneer men dit aftoetst aan de klussende echtgenoot die door zijn arbeidsinspanningen, die zijn bijdrageplicht overstijgen, een meerwaarde genereert aan zijn eigen goed, dient men vast te stellen dat er wel degelijk sprake is van een persoonlijk voordeel. Zo oordeelt Leleu: “*Si un des époux améliore un bien*

³⁰ Y.-H. LELEU, “L’art. 1342 C. civ. impose-t-il, en régime de communauté, que l’époux qui accomplit un travail matériel améliorant un bien propre qui en retiré une plus-value, doit récompense au patrimoine commun?”, noot onder Cass. 5 september 2013, *RNB* 2014, 754.

³¹ In dezelfde zin C. DE WULF, “Heeft de klussende echtgenoot recht op een vergoeding lastens de gemeenschap voor de meerwaarde die hij met extra arbeid tot stand heeft gebracht aan een gemeenschappelijk goed?”, noot onder Gent 7 januari 2021, *T.Not.* 2021, 825.

³² R. BARBAIX, “Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2014” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (3) 9, nr. 9.

³³ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples* in *Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 283.

³⁴ De verschuiving tussen eigen vermogen en gemeenschap moet optreden tijdens de werking van het stelsel; het recht op vergoeding ontstaat op het moment van de verschuiving. Er zal dus geen vergoeding zijn wanneer een echtgenoot werkt aan een goed dat toebehoort aan een derde en waarvan hij later zal erven of dat hem later wordt geschonken. Op het moment van de vermogensverschuiving was dat goed nog geen onderdeel van het vermogen van de klussende echtgenoot (P. DE PAGE en I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge, IX, Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 2019, 511).

³⁵ P. DE PAGE en I. DE STEFANI, *Traité de droit civil belge, IX, Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Bruylant, 2019, 514 en 515, voetnoot 1763; Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples* in *Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 284.

³⁶ N. TORFS, “Zijn werken uitgevoerd door een van de echtgenoten aan een eigen onroerend goed te beschouwen als zijn “bijdrage in de lasten van het huwelijk”?”, noot onder Cass. 5 september 2013, *TBBR* 2014, 204-208.

propre par son travail personnel, le déploiement de sa force de travail mobilise, selon nous, une valeur commune au profit d'un bien propre dès qu'il excède le devoir de contribution aux charges du mariage. Dans la mesure où le patrimoine commun est appauvri, récompense devra être due."³⁷

Dit veronderstelt evenwel dat de (waarde van) de persoonlijke werkkraft gemeenschappelijk is. Immers, als er sprake is van een gemeenschapskwalificatie, zal het voordeel dat door incorporatie is toegekomen aan het eigen vermogen, een te corrigeren vermogensverschuiving hebben gegenereerd van de gemeenschap naar dat eigen vermogen, en zal er derhalve sprake zijn van een vergoeding.

Dit leidt tot het tweede deel van het antwoord, hetwelk zich situeert op het vlak van de kwalificatie van de persoonlijke werkkraft en de waarde ervan. Het Hof van Cassatie is duidelijk. Zowel de persoonlijke werkkraft als de waarde ervan zijn eigen ("Il suit de ces dispositions que sont propres à chacun des époux mariés sous le régime légal, sa force de travail personnelle et la valeur qui la représente"³⁸). Enkel in geval van inkomstenderving of bij werken binnen een professionele context zal er sprake zijn van verarming en dus aanleiding geven tot vergoeding.

Dit onderscheid tussen professionele en niet-professionele arbeidsinspanningen geeft aanleiding tot enige reflectie. Dat de capaciteit om te werken en het recht om hierover te beslissen (het recht om niet te werken) eigen zijn aan die echtgenoot wordt niet betwist. De discussie betreft enkel de kwalificatie van het resultaat van dit werk. In een professionele context zal dit werk zich vertalen in (gemeenschappelijke) inkomsten; daarbuiten zal dit resulteren in de verbetering van een eigen of gemeenschappelijk goed³⁹. In beginsel komt de aangroei van het vermogen in het wettelijk stelsel toe aan het gemeenschappelijk vermogen⁴⁰. Het betreft namelijk een stelsel van gemeenschap van aanwinsten, en niet van inkomsten. Slechts in een aantal wettelijk bepaalde gevallen zal een aangroei toekomen aan het eigen vermogen, desgevallend zelfs mits vergoeding

³⁷ Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2021, 284, nr. 234 en voetnoot 15.

³⁸ Cass. (1e k.) 29 juni 2017, C.13.0376.F, *T.Fam.* 2019, nrs. 3-4, p. 101-105, noot J. DU MONGH, "Vergoeding voor materiële arbeid of werkkraft: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid"; *RCJB* 2020, nr. 1, p. 99-128, noot Ph. DE PAGE, "L'industrie personnelle d'un époux au profit de son patrimoine propre: cause de récompense au profit du patrimoine commun?", *TEP* 2018/3, p. 397-399.

³⁹ "... la force de travail est une valeur patrimoniale qui doit être prise en considération, et que si elle s'exerce dans le cadre de relations professionnelles, elle se matérialise par la perception de revenus tandis que si elle s'exerce dans le cadre de travaux domestiques, elle se matérialise dans l'amélioration du bien"; zie Luik 28 november 2012, *RTDF* 2014, 372, noot SAUVEUR; R. BARBAIX, "Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2014" in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (3) 10-13, nrs. 10.

⁴⁰ R. BARBAIX, "Actuele ontwikkelingen familiaal vermogensrecht 2014" R. in BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (3) p. 12.

(art. 2.3.18 BW), maar bij twijfel bevestigt de residuaire gemeenschapskwalificatie dit principe (art. 2.3.22, § 3 BW).

Gelet op hetgeen voorafgaat, geniet het dan ook de voorkeur om een meer genuanceerde benadering te hanteren en een onderscheid te maken tussen de persoonlijke werkkraft die eigen is en het resultaat ervan dat de gemeenschap toekomt. Dit is een toepassing van de opdeling “*titre et finances*”, die niet alleen voorkomt in de rechtspraak, maar voor bepaalde gevallen uitdrukkelijk een wettelijke basis vindt in artikel 2.3.19 BW⁴¹.

Ter illustratie wordt verwezen naar twee toepassingen ingevoerd door de wet van 22 juli 2018 ter hervorming van het huwelijksvermogensrecht. Het eerste voorbeeld betreft de problematiek van cliënteel⁴². Cliënteel bevindt zich in gemeenschapsstelsels op een spanningsveld. Enerzijds heeft het cliënteel een strikt persoonlijk karakter, anderzijds heeft het een welbepaalde vermogenswaarde. De spanning tussen het persoonlijk karakter van het cliënteel en het solidair karakter van het wettelijk stelsel stelde dan ook een kwalificatieprobleem; beide werden verzoend door een onderscheid te maken tussen het eigen karakter van het recht *sensu stricto* op het cliënteel (titre) en het gemeenschappelijk karakter van de vermogenswaarde ervan (finance)⁴³. Dit onderscheid is ondertussen wettelijk verankerd in de artikelen 2.3.19, 7° BW voor het recht op cliënteel (eigen) en artikel 2.3.22, 7° BW voor de economische waarde ervan (gemeenschappelijk). Men zou kunnen opwerpen dat de vergelijking niet opgaat vermits cliënteel een beroepsmatig karakter heeft, hetgeen één van de beperkingen is die in het besproken arrest wordt vooropgesteld voor de klussende echtgenoot.

Maar deze beschouwing geldt alvast niet voor het tweede voorbeeld, m.n. de bepalingen inzake schadevergoeding. Thans zijn gemeenschappelijk, “*de schadevergoeding uitgekeerd aan een echtgenoot, voor zover deze vergoeding strekt tot herstel van zijn huishoudelijke of economische ongeschiktheid tijdens het stelsel*” (art. 2.3.22, 4° BW) en restrictief enkel de schadevergoeding “*uitgekeerd aan een echtgenoot, voor zover deze vergoeding strekt tot herstel van zijn*

⁴¹ J. DU MONGH, “Het Hof van Cassatie redt de klussende echtgenoot, familie en vrienden. Pleidooi voor gezond verstand”, noot onder Cass. 30 januari 2014, *T.Fam.* 2016, 61 en de er aangehaalde rechtspraak (voetnoot 11).

⁴² D. PIGNOLET, “Het statuut en de waardering van de cliënteel in gemeenschapsstelsels” in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 181-192.

⁴³ Over de theorie van *Titre et Finance*, zie M. DEMARET in “Régimes matrimoniaux”, *Chron.not.* 2005, vol. XLII, p. 155-156, nr. 44; Y.-H. LELEU, “L’actif du patrimoine commun” in Y.-H. LELEU en L. RAUCENT (eds.), “Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal”, *Rép.not.*, t. V, I. II, Brussel, Larcier, 2001, p. 122, nr. 733; Ph. DE PAGE, “La clientèle des professions libérales” in L. RAUCENT en J.-L. RENCHON (eds.), *Quinze années d’application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Louvain-la-Neuve, Brussel, Academia-Bruylant, 1991, p. 45, nr. 11; Y.-H. LELEU, “Les régimes matrimoniaux – Examen de jurisprudence (1982-1996)”, *RCJB* 1998, p. 132, nr. 54; Y.-H. LELEU, “L’actif du patrimoine commun” in Y.-H. LELEU en L. RAUCENT (eds.), “Les régimes matrimoniaux. 3. Le régime légal”, *Rép.not.*, t. V, I. II, Brussel, Larcier, 2001, p. 122, nr. 733; H. CASMAN, *Les régimes matrimoniaux*, Brussel, Kluwer, 1996, III.2.-18.

persoonlijke ongeschiktheid, die betrekking heeft op de niet economisch waardeerbare gevolgen van de aantasting van de fysieke en psychische integriteit in zijn dagelijks leven” (art. 2.3.19, § 2, 1° BW). Dit bevestigt het onderscheid tussen hetgeen enerzijds strikt inherent is aan de persoon van de echtgenoot en dat eigen is en anderzijds hetgeen een economische dimensie heeft en een gemeenschappelijk karakter heeft⁴⁴.

Toegepast op de klussende echtgenoot heeft dit tot gevolg dat, onafgezien van het strikt persoonlijk en dus eigen karakter van het recht om te kiezen om al dan niet werkzaamheden uit te voeren, het resultaat van zijn werk economisch ten goede zal komen aan de gemeenschap. Vermogensrechtelijk wordt de keuze om arbeidsprestaties aan te wenden ten behoeve van een eigen of gemeenschappelijk goed voor wat het gemeenschappelijk vermogen betreft zodoende geneutraliseerd. Het gemeenschappelijk vermogen zal niet lijden onder de autonome en persoonlijke keuze van de klussende echtgenoot om zijn prestaties te leveren aan een eigen, dan wel aan een gemeenschappelijk goed.

Bovendien biedt de gemeenschapskwalificatie van de waarde van de arbeidsinspanningen een oplossing voor de situatie waarbij de werken weliswaar constitutief zijn van een bijdrage in de huwelijkslasten, maar tevens hebben geleid tot een inkomstenderving. Ongeacht de kwalificatie van de werken (huwelijkslast of niet) en ongeacht er inkomsten zijn gederfd of niet, zal de meerwaarde toekomen aan de gemeenschap. Als daarentegen de aangehaalde cassatierechtspraak wordt gevolgd, zal dat slechts het geval zijn wanneer wordt aangenomen dat het tweede beginsel (recht op vergoeding wanneer de gemeenschap inkomsten heeft gederfd) primeert op het eerste (geen recht op vergoeding wanneer de arbeidsinspanningen geleverd worden als bijdrage in de huwelijkslasten)⁴⁵.

De gemeenschapskwalificatie van de waarde van de werkinspanningen, ook buiten de professionele context, biedt ten slotte een oplossing voor de vraag naar de excessieve bijdrage in de huwelijkslasten door de niet-klussende echtgenoot. De (vrije) tijd die de klussende echtgenoot besteedt aan zijn (niet-professionele) arbeidsinspanningen kan hij niet gelijktijdig besteden aan alle overige huishoudelijke taken. Het is niet ondenkbaar dat hierdoor zijn bijdrage in de huishoudlasten (te) beperkt is en bijgevolg gecompenseerd moet worden door de andere echtgenoot. Door de vermogenswaarde van deze arbeidsinspanningen te laten toekomen aan de gemeenschap, wordt het evenwicht hersteld en heeft elke echtgenoot bijgedragen naar zijn vermogen (art. 221 oud BW).

⁴⁴ J. DU MONGH, “Vergoeding voor materiële arbeid of werkkracht: het Hof van Cassatie biedt duidelijkheid”, noot onder Cass. 29 juni 2017, *T.Fam.* 2019, 105.

⁴⁵ Zie in dit verband C. DE WULF, *Rechtsherstel voor verschuivingen van vermogen bij het einde van een huwelijk en bij het einde van een samenwoning*, Brugge, die Keure, 2017, 34. De bewoording van de cassatierechtspraak doet m.i. echter vermoeden dat dit niet de bedoeling is en dat het eerste beginsel primeert (“Ingeval die inspanningen geen bijdrage in de lasten van het huwelijk vormen, geven zij slechts aanleiding tot vergoeding in zoverre het gemeenschappelijk vermogen hierdoor inkomsten heeft moeten derven.”).

NAAR EEN MODEL VAN (NOTARIEEL) CONTRACT VAN AANWAS VOOR ROEREND VERMOGEN

Eric SPRUYT

1. Het beding (contract) van aanwas is al vele decennia een vaste waarde in de gereedschapskist van de vermogensplanner. Notarissen lassen een dergelijk beding nagenoeg dagelijks in hun notariële akten in, in het bijzonder n.a.v. de aankoop van een gezinswoning door (feitelijke of wettelijke) samenwoners. Dit in navolging van de echtgenoten Jusserand die er al in 1777 een trucje hadden op gevonden toen ze hun domein – la métairie de Saint-Cyr – aankochten^{1,2}. Maar ook voor roerende vermogens kan het contract van aanwas zijn diensten bewijzen. Niet alleen civielrechtelijk³, maar ook fiscaal. Zij die er gebruik van maken wacht immers het “*fiscaal walhalla*”⁴. Geen registratiebelasting⁵, geen erfbelasting⁶. En je hoeft daarvoor geen Viking te zijn, want iedereen kan er zich van bedienen: gehuwden⁷, wettelijke of feitelijke samenwoners, broers en zussen⁸ enz. Men zal er alleen over moeten waken dat a) men zijn fiscaal enthousiasme weet te temperen, want men kan niet al zijn roerende goederen onder aanwas plaatsen

¹ Ze hadden gekocht “pour eux, les leurs et pour le survivant de l’un d’eux”. Ze waren zodoende de Franse fiscus te slim af die successierechten wou heffen toen de man stierf maar lik op stuk kreeg van het Franse Hof van Cassatie in zijn arrest van 11 germinal jaar IX.

² Bij wie anders kunnen we zo’n verhaaltje terugvinden dan bij de “maestro van de fiscale geschiedenis” of R. Deblauwe die er melding van maakt in zijn *Inleiding tot de Vlaamse erfbelasting* (3e ed., KnopsPublishing, 2021, nr. 75, p. 47).

³ Zoals bij de onroerende aanwas zet men ook bij een roerende aanwas het erfrecht, in het bijzonder de reservataire erfgenamen, buitenspel.

⁴ Tenzij de fiscus met succes de kaart van het fiscaal misbruik trekt. Maar weet dat in de omzendbrief van Vlabel (en de circulaire van de FOD Financiën) inzake fiscaal misbruik het beding van aanwas op de zogenaamde “witte lijst” staat. Maar we weten allemaal dat dit geen vrijgeleide is en dit geenszins kan beletten dat er toch fiscaal misbruik wordt ingeroepen in sommige gevallen.

⁵ Bij aanwas van een onroerend goed is er zoals bekend wel registratiebelasting verschuldigd (in principe het verkooprecht) bij het overlijden van de eerststervende van de partners, waarbij er voor de enige woning in het Vlaams Gewest niet kan genoten worden van het verlaagd verkooptarief omdat Vlabel de verkrijging als gevolg van aanwas niet kwalificeert als een “zuivere aankoop” (Vlabel-standpunt nr. 18044, 30 januari 2023, gepubliceerd op 16 februari 2023, onder punt A.3, d).

⁶ Vlabel-standpunt nr. 17044, 17 april 2023, in zijn laatste versie gepubliceerd op 11 mei 2023.

⁷ Vooral gehuwden onder scheiding van goederen. Een meerderheidsstrekking in de doctrine is immers van oordeel dat goederen behorend tot de huwelijksgemeenschap niet het voorwerp van een contract van aanwas kunnen uitmaken. Vlabel volgt deze stelling in zijn standpunt nr. 17044 en pas dit toe in zijn rulingbeleid (cf. recent nog in Voorafg.Besl. nr. 22066, 30 januari 2023, gepubliceerd op 6 maart 2023).

⁸ Zelfs van zeer hoge leeftijd, cf. recent nog in Voorafg.Besl. nr. 22061, 9 januari 2023 (gepubliceerd op 21 februari 2023) waar tweelingzussen van 89 jaar oud het genoegen te beurt viel een positieve rulling afgeleverd te krijgen voor twee (exclusief eigen) effectenportefeuilles die ze onder aanwas wensten te plaatsen. Omdat de waarde van hun respectieve portefeuilles niet gelijk was, vroegen ze aan Vlabel of er een probleem was als ze voorafgaand een van de portefeuilles wat in waarde zouden afbouwen, *quod non*, zo oordeelde Vlabel.

maar slechts een fractie (de “OBT”-vereiste⁹ van art. 4.243 BW die eveneens te lezen staat in het Vlabel-standpunt nr. 17044) en b) dat de kansen evenwichtig zijn, lees: dat de levensverwachting gelijkaardig is¹⁰ en de inleg gelijkwaardig. Het evenwicht in kansen is cruciaal in het verhaal, want daarmee staat of valt het contract van aanwas als een kanscontract¹¹ en dus¹² als een contract onder bezwarende titel.

2. In deze bijdrage ligt de focus uitsluitend op het contract van aanwas rond *roerende* vermogensbestanddelen daar dit thans immens populair is¹³. Het aantal rulings dat hierover wordt aangevraagd, is ronduit spectaculair te noemen. Vlabel wordt er mee overspoeld sinds door de hervorming van ons erfrecht met de wetten van 2017-2018 alle twijfel (als die er überhaupt nog was) is weg-gemaaid over het vraagstuk naar de eventuele strijdigheid met het verbod van *pacta successoria*. Eigenlijk is het vreemd dat de fiscale belangstelling voor de roerende aanwas pas sindsdien is losgebarsten. Een aantal auteurs had immers al vele jaren terug gewezen op de fiscale opportuniteiten van contracten van aanwas voor roerende goederen¹⁴.

3. In de doctrine circuleren er omzeggens geen modellen van contracten van aanwas voor roerende goederen (aandelen van vennootschappen, bankrekeningen, effectenportefeuilles, kunstverzamelingen enz.). En bovendien, als ze al bestaan, zijn ze gedateerd. In deze bijdrage leveren we een model aan dat rekening houdt met de meest recente ontwikkelingen, te weten: a) de hervorming van ons erfrecht, b) de meest recente ontwikkelingen in de rechtspraak, c) het fiscale standpunt nr. 17044 van Vlabel in zijn meest recente versie en d) de sinds de publicatie van de eerste versie van het voormeld Vlabel-standpunt bekendgemaakte voorafgaande beslissingen.

4. We drukken hieronder een model van aanwascontract af waarbij de roerende goederen die onder aanwas worden geplaatst aan de partijen *in onverdeeldheid* toebehoren, waarbij een effectenportefeuille de uitgangshypothese is.

⁹ Onder bijzondere titel.

¹⁰ Waarbij belangrijke verschillen in leeftijd zowel in de rechtspraak als door Vlabel in zijn ruingebied geduld worden. Belangrijk voor Vlabel om de kwalificatie als kanscontract te kunnen weerhouden lijkt te zijn dat de partijen als generatiegenoten kunnen worden beschouwd.

¹¹ Art. 5.8, 2e lid BW.

¹² Merk op dat we het hier bewust niet hebben over een “kanscontract onder bezwarende titel” want dat is een pleonasme. Het kanscontract is immers een “*species*” (een ondersoort of subcategorie) van de algemene soort die het contract onder bezwarende titel is (A. AYDOGAN, *De aard van de overeenkomst*, Intersentia, 2014, nr. 348, p. 243 en nr. 349, p. 245).

¹³ Voor een diepgaande recente studie zowel juridisch als fiscaal, zie E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, 225 p. (in het bijzonder inzake aanwas rond roerend vermogen, p. 149-189).

¹⁴ L. WEYTS, “Tontine bij vennootschappen”, *TRV* 1991, 247-255; E. SPRUYT, “Tontine/Aanwas m.b.t. roerende goederen: minister neemt standpunt in”, *Nieuwsbrief Registratierechten*, Kluwer, 2005, afl. 3, 5-9; *Fisc.Act.* 2005, afl. 38, 5-9; *Nieuwsbrief Notariaat* 2005, afl. 13, 1-6; J.-L. SNYERS, “Successierechten. Rulingcommissie aanvaardt beding van aanwas t.a.v. aandelen”, *Fiscoloog* 2007, nr. 1091, 3-4; W. PINTENS en D. MICHIELS, “De aanwas van een effectenportefeuille tussen echtgenoten” in *Patrimonium 2007* (W. PINTENS en J. DU MONGH (eds.)), Intersentia, 2007, 203.

Mits enkele aanpassingen door te voeren kan dit model ook gebruikt worden voor andere roerende goederen die partijen in onverdeeldheid toebehoren, zoals bijvoorbeeld rekeningen. Voor een (uitgebreide) commentaar bij het model is er hier geen plaats. Het aantal pagina's dat wij als auteur voor onze bijdrage aan dit CSW-verjaarsdagboek toegemeten kregen, is daarvoor helaas te beperkt¹⁵. Het belet ons ook in deze bijdrage een tweede variantmodel aan te reiken, met name een kanscontract voor *exclusief eigen goederen* van de partijen¹⁶, maar het hieronder aangeleverd model kan daarbij – mits hier en daar wat terminologische en *mutatis mutandis*-aanspassingen aan te brengen¹⁷ – wel als inspiratiebron dienen. Bij het onder kanscontract plaatsen van exclusief eigen roerende goederen zal men er over waken dat er in waarde gelijke pakketten van goederen zijn want Vlabel stelt zich hierover vrij streng op, zo blijkt uit gepubliceerde rulings¹⁸.

MODELCONTRACT VAN AANWAS VOOR ROERENDE GOEDEREN IN ONVERDEELDHEID¹⁹

5. We geven hieronder enkel het “corpus” van het contract²⁰ zelf weer. Indien er voor geopteerd wordt om het contract bij notariële akte vast te leggen – waar in de praktijk wel goede redenen kunnen voor zijn²¹ maar wat niet noodzakelijk hoeft voor roerende goederen – dan zal de notaris van dienst er nog de inleidende identificatie van partijen en de gebruikelijke notariële slotbepalingen aan toevoegen²².

¹⁵ Via een beperkte set aan voetnoten zullen we trachten deze lacune toch enigszins op te vangen.

¹⁶ In zijn standpunt nr. 17044 hanteert Vlabel het begrip “beding van aanwas” enkel voor onverdeelde goederen. De Vlaamse Belastingdienst is van mening dat een beding van aanwas van niet-onverdeelde goederen theoretisch gezien niet bestaat en dat dit een *contradictio in terminis* is. Voor exclusief eigen goederen opteert Vlabel voor de term “kanscontract” en verbindt hij daaraan wel – althans als het contract ten bezwarende en ten bijzondere titel is – dezelfde fiscale gevolgen. Terecht wordt er in de doctrine op gewezen dat ook het beding van aanwas een kanscontract is en dat Vlabel er beter aan zou doen om de term “kanscontract” als generieke term te gebruiken waarbij dan een onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen een “kansbeding met aanwas” voor onverdeelde goederen en een “kansbeding met overdracht” voor niet-onverdeelde goederen (H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Kanscontract of huwelijksvoordeel in een scheiding van goederen: hoe omgaan met het risico van fiscaal misbruik?”, *TEP* 2020, 605, nr. 9).

¹⁷ Zo zal men het woord “aanwas” niet in de mond nemen in het contract maar het eerder hebben over het “toekomen” van de goederen “aan de langstlevende van de partijen”.

¹⁸ Als dergelijke gelijke pakketten niet bestaan is het opletten geblazen als dit voorafgaand via een schenking wordt “opgelost” (cf. daarover meer details bij: E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, nr. 54, nr. 136.3 en nr. 172).

¹⁹ Met dank aan enkele “muzen”. Zo collega Dirk Michiels, waarvan we weten dat – als het op “aanwas” aankomt – hij de onvolprezen “*capo di tutti capi*” is binnen het Vlaams notariaat (en in de rest van de wereld). En verder ook: mr. Nicolas Geelhand de Merxem, dhr. Tillo Dumont, mr. Guillaume Deknudt en mr. Anke Van Langenhove.

²⁰ We hanteren de moderne notie “*contract*” (en niet langer “overeenkomst”) zoals ook de wetgever in boek 5 BW systematisch doet. Uit art. 5.4 BW kan wel afgeleid worden dat contract en overeenkomst op te vatten zijn als synoniemen.

²¹ Zie daarover: E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, nr. 148.

²² Het contract van aanwas kan op zichzelf bestaan maar voor samenwoners ook geïntegreerd worden in het samenlevingscontract. Zelf pleiten we er eerder voor om contracten van aanwas los te koppelen van

Voorafgaandelijke uiteenzetting: Partijen verklaren de onverdeelde eigenaars te zijn – elk ten belope van de helft – van diverse banktegoeden, vervat in een effectenportefeuille/effectenrekening geopend op beider naam bij de \$\$\$\$ Bank onder nummer \$\$\$\$ ter waarde van \$\$\$\$ euro op heden, waarvan de samenstelling op datum van heden nader gedetailleerd staat in het portefeuilleoverzicht dat als bijlage aan dit contract wordt gehecht, hierna genoemd “**de effectenportefeuille**”. Partijen verklaren vervolgens om de voormelde effectenportefeuille, die hun in onverdeeltheid toebehoort, onder een contract van aanwas te plaatsen overeenkomstig de voorwaarden en modaliteiten zoals hieronder nader gepreciseerd.

Contract van aanwas

Artikel 1 - Algemene doelstelling van de partijen. Om zichzelf als langstlevende te beschermen bij het overlijden van één van hen komen partijen overeen een doelvermogen tussen hen in het leven te roepen met betrekking tot de effectenportefeuille die zij samen in onverdeeltheid (elk voor de helft) bezitten en deze daartoe onder een contract van aanwas te plaatsen zodoende dat de langstlevende van hen uiteindelijk de alleen-eigenaar zal zijn. Dit doelvermogen zal niet alleen samengesteld zijn uit de actuele individuele bestanddelen van de effectenportefeuille zoals die blijken uit het overzicht in bijlage bij dit contract, maar tevens uit alle daaraan gekoppelde liquiditeiten, evenals alle meerwaarden, vruchten, toebehoren en bij wederbelegging of zaakvervangning verkregen goederen/tegoeden. Elke partij wenst via dit contract voor zichzelf de nodige maatregelen te nemen die hem of haar in staat stellen zijn of haar levenskwaliteit en levensstandaard te garanderen en te behouden voor het geval hij of zij zelf de langstlevende is, alsook om hem of haar de nodige zekerheid en flexibiliteit te bieden. Elk van de partijen in dit contract handelt niet vanuit een altruïstische gedachte om de andere partij te beschermen doch veeleer om zijn eigen belangen veilig te stellen voor het geval hij of zij de langstlevende is. Dit contract wordt met andere woorden geenszins vanuit “animus donandi” afgesloten maar uitsluitend vanuit “animus speculandi”. Dit contract wordt wederkerig aangegaan en aanvaard onder bezwarende titel, als kanscontract, onder de hiernavolgende modaliteiten en voorwaarden.

Artikel 2 - Evenwicht in kansen. Beide partijen schatten voor zichzelf de kans om te overleven gelijkwaardig in en zijn van oordeel dat ze een gelijkaardige levensverwachting hebben gelet op het feit dat ze generatiegenoten zijn en een zelfde levenswijze hebben. Ze verklaren tevens beiden, op het ogenblik van het aangaan van dit contract, in goede gezondheid te verkeren (EVENTUEEL: wat aangetoond wordt door het medisch attest dat als bijlage aan dit contract wordt gehecht). Bovendien achten ze hun beider inleg als gelijkwaardig daar de effectenportefeuille hun in onverdeeltheid toebehoort elk voor de helft.

het samenlevingscontract. Dit geeft meer souplesse naar de toekomst toe wanneer men enkel het contract van aanwas wil wijzigen en niet de rest van het samenlevingscontract.

Artikel 3 - Aanwas in volle eigendom²³. *De partijen komen overeen dat, bij het overlijden van de eerststervende onder hen en met terugwerkende kracht tot op het ogenblik van het overlijden van de eerststervende ook al wordt de optie als bedoeld onder artikel 4 van dit contract door de langstlevende pas gelicht na het overlijden van de eerststervende, de volle eigendom van het volledig onverdeeld deel van de eerststervende in de effectenportefeuille zal aanwassen bij het deel van de langstlevende onder hen, doch enkel op voorwaarde dat deze laatste hiervoor uitdrukkelijk, op de wijze en binnen de termijn hierna gepreciseerd, opteert na het overlijden van de eerststervende. Aldus staat elk van de partijen, onder voormelde voorwaarde, de volle eigendom van zijn of haar volledig onverdeeld deel in de effectenportefeuille af aan de andere partij onder de opschortende voorwaarde van zijn of haar vóóroverlijden; als tegenprestatie voor deze afstand verkrijgt de overdrager een kans om de volle eigendom van het volledig onverdeeld deel van de andere partij te verkrijgen, indien hij of zij het langst leeft. Ingevolge dit contract van aanwas zal de effectenportefeuille bij het overlijden van de eerststervende in volle eigendom toebehoren aan de langstlevende, mits deze laatste hiervoor opteert.*

Artikel 4 - Optioneel karakter^{24,25}. *De langstlevende van de beide partijen dient zijn wil om het bovenvermeld recht van aanwas uit te oefenen uitdrukkelijk kenbaar maken door middel van een verklaring afgelegd bij notariële akte binnen een termijn van honderd (100) kalenderdagen na het overlijden van de eerststervende van de partijen. Deze termijn geldt als vervaltermijn. De uitoefening van de optie door de langstlevende heeft terugwerkende kracht tot het ogenblik van het overlijden van de eerststervende²⁶. Bij ontstentenis van uitdrukkelijke wilsuitdrukking op voormelde wijze en binnen voormelde termijn zal de langstlevende van de partijen geacht worden onherroepelijk te hebben verzaakt aan het voordeel van het recht van aanwas. De langstlevende van de partijen kan zijn wil tot uitoefening van het recht van aanwas hetzij zelf kenbaar maken hetzij in zijn naam en voor zijn rekening door een daartoe door hem/haar (in een bijzondere of algemene volmacht)*

²³ In de meeste gevallen is het in de praktijk de bedoeling om de aanwas voor roerende goederen uitwerking te laten hebben in volle eigendom. Maar dat hoeft uiteraard niet steeds het geval te zijn. Men kan – in functie van de concrete omstandigheden eigen aan het dossier – de aanwas ook beperken tot vruchtgebruik of tot blote eigendom, of nog – zoals notarissen wel vaker doen bij bedingen van aanwas die ingelast worden in de aankoopakten van onroerend goed – de keuze laten aan de langstlevende van de partijen.

²⁴ Men kan uiteraard de aanwas ook van rechtswege laten spelen, maar in de praktijk wordt meestal wel geopteerd voor een optionele aanwas. Soms kiezen partijen heel doelbewust voor een aanwas van rechtswege, zoals blijkt uit Voorafg.Besl. nr. 19047 d.d. 21 oktober 2019 waar een kinderloos echtpaar de aanwas bewust niet optioneel bedingt om te vermijden dat de langstlevende onder druk zou komen te staan van de erfgenamen van de eerstoverledene bij de uitoefening van zijn/haar keuze.

²⁵ Men zal zich niet laten misleiden door de aanhef van het Vlabel-standpunt nr. 17044 waar in de definitie van het beding van aanwas enkel te lezen staat “van rechtswege zal aanwassen”. Dit geeft verkeerdelijk de indruk dat Vlabel optionele aanwasbedingen niet dult. Het tegendeel is waar zo blijkt intussen uit tal van rulings.

²⁶ Een verkrijging onder aanwas is er een onder opschortende voorwaarde. Sinds de inwerkingtreding op 1 januari 2023 van artikel 5.147 BW werkt de vervulling van een voorwaarde slechts voor de toekomst, maar partijen kunnen conventioneel toch in een terugwerkende kracht voorzien. Het is zinvol dit te doen, gelet op het Vlabel-Standpunt nr. 16030 van 22 mei 2023, gepubliceerd op 30 mei 2023.

aangestelde lasthebber (bijvoorbeeld, doch niet uitsluitend, een lasthebber (of “lasthebber ad hoc”) aangesteld in een zogenaamde “zorgvolmacht” als bedoeld in artikel 490 en volgende oud Burgerlijk Wetboek) hetzij in zijn naam en voor zijn rekening door een daartoe door de bevoegde rechtbank aangestelde “lasthebber ad hoc”, bewindvoerder, voogd of welkdanig persoon ook daartoe aangesteld door de rechter in het kader van door deze laatste genomen beschermingsmaatregelen over de persoon of over de goederen van de persoon.²⁷

Artikel 5 - Feitelijke algemeenheid (universaliteit). Overal waar in dit contract over de effectenportefeuille wordt gesproken bedoelen partijen alle tegoeden (effecten, obligaties, liquiditeiten enzovoort) die zich erin bevinden, met inbegrip van de inkomsten en opbrengsten van welke aard ook, de aanwinsten en meerwaarden evenals de bij belegging, wederbelegging en vervanging verkregen goederen, aangezien de effectenportefeuille een feitelijke algemeenheid (universaliteit) vormt. Het akkoord van de andere partij met de vervreemding of herbelegging van bepaalde individuele bestanddelen van de effectenportefeuille impliceert het akkoord van de partijen om dit contract van aanwas uit te breiden tot de nieuwe bestanddelen die in de plaats zijn gekomen van de vorige. De aanwas, voorwerp van dit contract, zal zich derhalve over de totaliteit van de effectenportefeuille uitstrekken zoals deze zal samengesteld zijn op de dag van het overlijden van de eerststervende van de partijen, ook al is de samenstelling gewijzigd in vergelijking tot deze op datum van heden.

Artikel 6 - Uitbreiding – Opmaak van een addendum. De aanwas, voorwerp van dit contract, kan door de partijen uitgebreid worden door toevoeging van nieuwe effecten aan de effectenportefeuille, mits uitdrukkelijke instemming van beide partijen. Dergelijke uitbreiding vergt wel het opmaken van een schriftelijk addendum bij dit contract, welk addendum door beide partijen dient ondertekend te worden. De ondertekening geldt als bewijs van de uitdrukkelijke instemming van beide partijen. Beide partijen zullen er bij uitbreiding van de effectenportefeuille wel steeds over waken om elk evenveel in te brengen in de effectenportefeuille zodat de gelijkwaardigheid van de inleg te allen tijde gewaarborgd blijft.

Artikel 7 - Opbrengsten en afhalingen. Alle vruchten, interesten, dividenden en andere opbrengsten van welke aard ook die worden voortgebracht door de effectenportefeuille (of die worden voortgebracht door goederen die ingevolge zaakvervanging in de plaats zijn gekomen) kunnen op eender welk tussen de partijen overeengekomen (al dan niet periodisch) tijdstip worden uitgekeerd aan partijen, elk voor de helft. Tevens behouden de partijen zich het recht voor gezamenlijk afhalingen te doen, ieder voor een gelijk deel.

²⁷ De opmaak van een “intelligente” zorgvolmacht lijkt ons een noodzakelijke “partner in crime” voor hen die hun successieplanning (o.a.) organiseren via een contract van aanwas rond hun roerend vermogen. Ook trouwens om andere opties (keuzes) te laten uitoefenen door de lasthebber dan in de hypothese van een contract van aanwas.

Alle vruchten, interesten, dividenden en andere opbrengsten van welke aard ook die niet werden uitgekeerd of afgehaald vallen eveneens onder dit contract van aanwas overeenkomstig de regels van de zaakvervangning.

Artikel 8 - Zaakvervangning – Traceerbaarheidsverplichting

8.1. - Algemeen. *De partijen komen uitdrukkelijk overeen dat het beginsel van de zaakvervangning van toepassing is met betrekking tot alle bepalingen van dit contract, tenzij hiervan uitdrukkelijk wordt afgeweken en/of behoudens onverenigbaarheid. De vermelding van de toepassing van de zaakvervangning elders in dit contract geschiedt enkel ten illustratieven titel zodat uit de afwezigheid van enige vermelding dienaangaande nooit a contrario zal kunnen worden afgeleid dat het beginsel van de zaakvervangning niet van toepassing is. Onder zaakvervangning wordt verstaan: de zakenrechtelijke subrogatie, de belegging en de wederbelegging, de vermogensverwisseling en -vervangning in de meest uitgebreide zin van het woord. Daartoe behoren niet alleen de interne zaakvervangning (binnen een feitelijke of een juridische algemeenheid van goederen) maar eveneens de externe zaakvervangning (vervangning van een niet-vervangbaar goed door een ander al dan niet vervangbaar goed, al dan niet met een zelfde functie of bestemming in het vermogen) en verder niet alleen de rechtstreekse zaakvervangning (de zaakvervangning in de strikte betekenis van het woord, zoals onder meer – niet limitatief – de ruil) maar ook de onrechtstreekse zaakvervangning (vervreemding van een goed en herbelegging van de opbrengst ervan bij de verkrijging van een ander goed). De zaakvervangning speelt ten aanzien van alle goederen waarop dit contract betrekking heeft en daaronder vallen dus ook de vruchten en opbrengsten.*

8.2. - In het bijzonder. *Elk goed, van welke aard ook, dat in vervangning komt van enige actueel of toekomstig bestanddeel/onderdeel van de effectenportefeuille of van de effectenportefeuille in zijn totaliteit, valt eveneens onder dit contract van aanwas (en al de in deze overeenkomst vermelde voorwaarden en modaliteiten zijn erop van toepassing), dit overeenkomstig de regels van de conventionele en wettelijke zaakvervangning. Wijzigingen in de samenstelling van de effectenportefeuille (die tot stand kunnen gebracht worden mits het akkoord van beide partijen) uit hoofde van vervangning, belegging of herbelegging, hebben dus geen invloed op het onderhavig contract dat ongewijzigd blijft. De principes van zaakvervangning zijn dus onverkort van toepassing. En dus heeft onderhavig contract niet enkel betrekking op de effecten en/of liquiditeiten zoals vermeld in het overzicht dat in bijlage aan dit contract is gehecht, maar tevens op alle effecten en liquiditeiten die in de plaats zijn gekomen. Ook wanneer de effectenportefeuille in zijn geheel door partijen zou worden vervreemd, dan zal het goed of de goederen/gelden dat/die in de plaats is/zijn gekomen, nog steeds het voorwerp blijven uitmaken van dit contract van aanwas en nog steeds onder dezelfde voorwaarden en modaliteiten als vervat in dit contract.*

8.3. - Tracering. Partijen zullen waken over de zogenaamde “traceerbaarheid” zodat te allen tijde kan worden aangetoond welk vervangend goed dat de waarde van het oorspronkelijke goed vertegenwoordigt in de plaats is gekomen van het oorspronkelijk goed en dit mag door alle middelen van recht bewezen worden. Partijen komen dus overeen om er voor te zorgen dat de tegoeden die betrokken zijn in dit contract van aanwas te allen tijde traceerbaar blijven zodat te allen tijde het verband kan worden gelegd tussen de tegoeden op de dag van het sluiten van dit contract en de tegoeden op de dag van het beëindigen van dit contract door het overlijden van één van de partijen.

Artikel 9 - Meerwaarden. Alle meerwaarden die worden gerealiseerd door enig actueel of toekomstig bestanddeel/onderdeel van de effectenportefeuille of door de effectenportefeuille in zijn totaliteit, evenals deze die worden gerealiseerd door goederen die door de toepassing van het principe van de zaakvervanging in de plaats zijn gekomen, vallen eveneens onder dit contract van aanwas en al de in dit contract vermelde voorwaarden en modaliteiten zijn erop van toepassing. Het is daarbij niet relevant of deze meerwaarden al dan niet werden uitgekeerd aan partijen.

Artikel 10 - Wijziging van rekeningnummer – Overheveling naar een andere bankinstelling. De wijziging van het rekeningnummer van de effectenportefeuille of van de onderliggende rekeningen heeft geen invloed op dit contract van aanwas dat onverkort zal blijven verderbestaan onder het gewijzigde rekeningnummer. Enige wijziging van rekeningnummer(s) doet dit contract dus niet eindigen. Dit contract komt niet tot een einde in het geval de effectenportefeuille zou overgeheveld worden naar een andere bank- of financiële instelling dan deze die op datum van heden de effectenportefeuille onder beheer heeft.

Artikel 11 - Vervreemdingsverbod – Gezamenlijk bestuur. Teneinde de uitvoering van dit contract te waarborgen verbinden de partijen zich ertoe hun aandeel in de effectenportefeuille of in de goederen die ingevolge zaakvervanging in de plaats zijn gekomen niet te vervreemden (noch onder bezwarende titel noch om niet), niet te verpanden of er eender welk ander recht op toe te staan zonder de uitdrukkelijke toestemming van de andere partij, en dit zolang dit contract van kracht blijft tussen hen. Zij verbinden er zich tevens toe om noch de verdeling noch de veiling te vragen, tenzij met wederzijds akkoord. De partijen komen met andere woorden overeen dat, behoudens onderling akkoord, dit contract van aanwas de vervroegde uitoverveerdheidtrekking in de weg staat, zolang dit contract van aanwas geldt. Tevens verbinden de partijen zich ertoe – vermits ze beiden mede-eigenaar zijn elk voor de onverdeelde helft van de effectenportefeuille – om alle beslissingen aangaande beleggingen en herbeleggingen met betrekking tot de effectenportefeuille gezamenlijk te nemen, inclusief extra bijstorting en overschrijvingen op de effectenrekening of afhalingen. Dit contract doet geen afbreuk aan de mogelijkheid van partijen om gezamenlijk schenkingen te doen met betrekking tot de effecten/waarden en gelden zich bevindende in de effectenportefeuille (evenals met betrekking tot individuele bestanddelen ervan) of met betrekking tot goederen die ingevolge zaakvervanging in de plaats zijn gekomen.

(EVENTUEEL - Verbod van volmacht)²⁸ In geval van (feitelijke) (handelings)onbekwaamheid van één van beide partijen, zal de vertegenwoordiger/bewindvoerder of (contractueel aangestelde) lasthebber (bijvoorbeeld optredend op grond van een zogenaamde “zorgvolmacht” in de betekenis van artikel 490 e.v. oud BW) van de onbekwame partij alle verrichtingen stellen en beslissingen nemen in naam en voor rekening van de onbekwame partij, ook als deze vertegenwoordiger/bewindvoerder of lasthebber de andere partij zou zijn. In alle andere gevallen dan de (handelings)onbekwaamheid van één der partijen is een volmacht van één van de partijen aan de andere partij evenwel uitdrukkelijk uitgesloten ter zake van de goederen, voorwerp van dit contract van aanwas.

Artikel 12 - Erfgenamen – Ontstentenis van recht op vergoeding. *Aangezien dit contract een kansovereenkomst onder bezwarende titel is, zal er geen enkele vergoeding verschuldigd zijn door de langstlevende van de partijen aan de erfgenamen van de eerststervende uit hoofde van de verwerving door de langstlevende van het onverdeeld deel van de eerststervende in de effectenportefeuille.*

Artikel 13 - Duurtijd van het contract – Verval van het contract

13.1. - Duurtijd. *Dit contract is tussen partijen afgesloten vanaf heden en voor een termijn die eindigt bij het overlijden van de eerststervende van de partijen. De afwezigheid van een einddatum tijdens het leven van beide partijen leidt ertoe dat dit contract slechts kan opgeheven worden mits wederzijds akkoord van de beide partijen, behoudens wat hierna volgt inzake het verval van het contract.*

13.2. - Verval van rechtswege van het contract. *Dit contract vervalt evenwel van rechtswege na de vaststelling, per aangetekende brief te melden door de meest gerede partij aan de andere partij, van het feit dat partijen niet meer samenwonen*

²⁸ We merken dat nog vaak in contracten van aanwas het navolgend verbod van volmacht (of een gelijksoortige clause) wordt ingelast. Over de noodzaak daartoe lopen de meningen uiteen. Voor Vlabel lijkt de afwezigheid van een dergelijke clause geen breekpunt te zijn daar nergens uit het standpunt nr. 17044 kan worden opgemaakt dat dit een noodzakelijke voorwaarde is of een voorwaarde om de kwalificatie als kanscontract te kunnen verkrijgen. In het verleden hebben bepaalde auteurs geopperd dat een wederzijdse volmacht tussen partijen met betrekking tot de onder aanwas geplaatste goederen een probleem stelt, maar deze doctrine dateert uit de periode van vóór de Erfwetten van 2017-2018 toen de beoordeling van contracten van aanwas in het licht van het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen nog vanuit een andere invalshoek werd bekeken. Andere auteurs (een meerderheid zo lijkt mij) is de mening toegedaan dat het geven van een volmacht tussen partijen m.b.t. goederen die men onder aanwas plaatst geen probleem stelt. Zelf zijn we van oordeel dat er geen probleem is als de clause van verbod van volmacht niet is opgenomen in het contract (E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, nr. 159, p. 175; in dezelfde zin: D. MICHIELS, “Actuele ontwikkelingen inzake aanwasbeding” in *Jaarboek 2020 – Vlanot by FedNot*, Intersentia, 2021, nr. 39, p. 293). We zijn zelf geen voorstander om de clause van verbod van wederzijdse volmacht in te lassen in het contract van aanwas daar ze naar ons oordeel de vrijheid van partijen nodeloos beperkt. In de praktijk is het immers vaak zo, zeker bij gehuwden maar evengoed bij samenwoners, dat één van de partijen zich concreet bezighoudt met het beheer van de effectenportefeuille eenvoudigweg omdat hij of zij meer “verstand heeft” van financiële zaken of daarin meer ervaring heeft dan de andere partij. Welnu, in een dergelijk geval (maar ook om andere redenen) moet het mogelijk zijn dat een volmacht wordt gegeven.

op hetzelfde adres gedurende een ononderbroken periode van negentig (90) kalenderdagen en dit als het gevolg van een duurzame ontwrichting van hun relatie. Dit contract vervalt dus niet als de toestand van feitelijke scheiding of afzonderlijk verblijf te wijten is aan overmacht of door de omstandigheden aan partijen wordt opgedrongen wegens de gezondheidstoestand van één of beiden van hen (bijvoorbeeld verblijf in een ziekenhuis, verzorgingsinstelling, revalidatiecentrum, woonzorgcentrum, assistentiewoning, enzovoort) of wegens beroepsnoodwendigheden of nog wegens andere redenen die erop wijzen dat er geen duurzame ontwrichting van hun relatie is. Dit verval, dat als een ontbindende voorwaarde van dit contract moet worden aanzien, is ingegeven door de determinerende beweegreden voor het aangaan van dit contract van aanwas, zijnde de wens van de partijen om hun levenskader bij het overlijden van een van hen veilig te stellen in hoofde van de langstlevende zodat, indien zij dit levenskader in de toekomst zouden beëindigen op een duurzame wijze, dit contract wegens het wegvallen van de determinerende oorzaak eveneens geacht moet worden te zijn beëindigd.

Artikel 14 - Huwelijk – Echtscheiding

OFWEL: Partijen zijn niet gehuwd op datum van het sluiten van het contract maar samenwonend

Indien de partijen in de toekomst in het huwelijk zouden treden, dan vervalt dit contract van rechtswege vanaf de dag van de voltrekking van het huwelijk, behoudens beding in het huwelijkscontract om dit contract van aanwas toch te handhaven. Een dergelijk beding tot handhaving kan in algemene termen luiden²⁹ door te stellen dat alle tussen partijen voorafgaand aan de ondertekening van het huwelijkscontract bestaande bedingen of contracten van aanwas onverkort blijven voortduren. Indien de partijen in hun huwelijkscontract zijn overeengekomen om dit contract van aanwas te handhaven tijdens hun huwelijk, dan komt sowieso van rechtswege een einde aan dit contract van aanwas vanaf ofwel de dag van de instelling door één van de partijen van een vordering tot scheiding van tafel en bed ofwel de dag van de instelling door één van de partijen van een vordering tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk ofwel, in het geval van het opstarten van een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming, vanaf de dag van de ondertekening door de beide partijen van de zogenaamde “regelingsakte” als bedoeld in artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek, tenzij in de voormelde regelingsakte tussen partijen uitdrukkelijk wordt overeengekomen om dit contract van aanwas uitwerking te laten hebben tot de dag van het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis of -arrest.

²⁹ Contracten van aanwas worden om reden van discretie wel eens onderhands opgesteld. Om deze discretie te blijven waarborgen wordt deze zin aan de clause toegevoegd en wordt dus niet geëist dat de handavingsclausule in het huwelijkscontract heel expliciet en concreet verwijst naar een bestaand contract van aanwas dat bij naam en datum wordt genoemd.

OFWEL: Partijen zijn gehuwd op datum van het sluiten van het contract³⁰

Dit contract wordt van rechtswege beëindigd vanaf ofwel de dag van de instelling door één van de partijen van een vordering tot scheiding van tafel en bed ofwel de dag van de instelling door één van de partijen van een vordering tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk ofwel, in het geval van het opstarten van een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming, vanaf de dag van de ondertekening door de beide partijen van de zogenaamde “regelingsakte” als bedoeld in artikel 1287 van het Gerechtelijk Wetboek, tenzij in de voormelde regelingsakte tussen partijen uitdrukkelijk wordt overeengekomen om dit contract van aanwas uitwerking te laten hebben tot de dag van het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis of -arrest.

Artikel 15 - Wijziging of beëindiging in gemeen akkoord. *De partijen kunnen op ieder ogenblik dit contract in der minne en in gemeen akkoord wijzigen of beëindigen bij middel van een schriftelijk onderhands of notarieel contract.*

Artikel 16 - Uitonverdeeldheidtreding na beëindiging van het contract. *Indien er een einde komt aan dit contract, dan is artikel 3.75 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing en kan iedere partij de uitonverdeeldheidtreding vorderen overeenkomstig artikel 1207 van het Gerechtelijk Wetboek.*

Artikel 17 - Bemiddeling. *Partijen komen overeen om alle geschillen – van welke aard ook – tussen hen met betrekking tot dit contract in eerste instantie te onderwerpen aan bemiddeling alvorens een beroep te doen op een andere vorm van geschillenbeslechting. De meest gerede partij zal daartoe een aangetekende brief richten tot de andere partij met de vraag om tot bemiddeling over te gaan. De partijen zullen dan in onderling overleg en op gezamenlijke kosten een bemidde-*

³⁰ Gehuwden kunnen (uiteraard) een contract van aanwas afsluiten (cf. ook Vlabel-standpunt nr. 17044). De (overgrote) meerderheid van de rechtsleer (daarin gevolgd door Vlabel in zijn standpunt nr. 17044 en zijn rulings) is de mening toegedaan dat contracten van aanwas geen betrekking kunnen hebben op goederen die behoren tot de huwgemeenschap. En dus komen voor gehuwden enkel eigen goederen in aanmerking die ze ofwel in onverdeeldheid bezitten ofwel die hun exclusieve eigendom zijn, waarbij in dit laatst gevallen best “gelijke pakketten” onder aanwas worden geplaatst. Het contract van aanwas kan hierdoor enkel nuttig gebruikt worden door: a) gehuwden onder een stelsel van scheiding van goederen, b) gehuwden onder een gemeenschapsstelsel maar dan enkel voor hun eigen goederen. Gehuwden onder een gemeenschapsstelsel die voorafgaand aan de opmaak van het contract van aanwas tot een “artificiële aanmaak” van eigen goederen overgaan, hetzij door een uitbreng van goederen uit de huwgemeenschap hetzij door over te stappen van het gemeenschapsstelsel naar een stelsel van scheiding goederen lopen vaak (maar niet altijd als er een stevig niet-fiscaal motief is) tegen de lamp van het fiscaal misbruik, zoals blijkt uit meerdere Vlabel-rulings (zie voor details en bespreking van deze rulings: E. SPRUYT, *Beding van aanwas en terugval. Een juridische en fiscale analyse*, Intersentia, 2022, nr. 156, 167-171; H. CASMAN en A.L. VERBEKE, “Kanscontract of huwelijksvoordeel in een scheiding van goederen: hoe omgaan met het risico van fiscaal misbruik?”, *TEP* 2020, nrs. 98-126, 638-647). Dat een overstap van een stelsel van gemeenschap naar een stelsel van scheiding van goederen, binnen korte termijn gevolgd door een contract van aanwas niet altijd als fiscaal misbruik kwalificeert, blijkt uit een recente ruling (Voorafg.Besl. 22066, 30 januari 2023, gepubliceerd op 6 maart 2023; het betrof de overstap van een gemeenschap naar een scheiding van goederen door een echtpaar dat elk uitsluitend kinderen had uit een vorige relatie en geen gezamenlijke kinderen).

laar aanstellen en een bemiddelingsovereenkomst tekenen. Deze bemiddelaar zal in elke stand van het geschil onafhankelijk en onpartijdig ten aanzien van alle bij het geschil betrokken partijen moeten optreden. Indien de bemiddeling niet slaagt nadat de partijen ten minste één volledige bemiddelingsessie tezamen zullen hebben bijgewoond, zullen de geschillen beslecht worden overeenkomst artikel 18 van dit contract, behoudens andersluidend akkoord tussen de partijen.

Artikel 18 - Rechtskeuze en bevoegde rechtbank. De partijen komen uitdrukkelijk overeen dat uitsluitend het Belgische recht van toepassing is op dit contract, zowel met betrekking tot zijn inhoud als tot zijn vorm. Alle eventuele geschillen voortvloeiend uit dit contract zullen, nadat de bemiddelingspoging als voorzien door artikel 17 van dit contract is mislukt, uitsluitend en definitief beslecht worden door de territoriaal bevoegde rechtbanken en hoven van de (laatste) gezamenlijke woonplaats van de partijen.

Artikel 19 - Berekening van termijnen. Inzake de berekening van termijnen die voorkomen in dit contract verklaren partijen zich volledig te willen onderwerpen aan de regels gesteld in artikel 1.7 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de berekening van termijnen, tenzij er uitdrukkelijk van afgeweken wordt in dit contract.

Artikel 20 - Uitsluiting van mogelijkheid van nietigverklaring op kennisgeving. De partijen verklaren uitdrukkelijk de mogelijkheid van nietigverklaring op kennisgeving van dit contract, zoals bepaald door artikel 5.59, lid 3 Burgerlijk Wetboek, uit te sluiten zodat nietigverklaring van dit contract wegens een geldigheidsgebrek enkel uit een rechterlijke beslissing kan voortvloeien of uit een minnelijk akkoord tussen de partijen³¹⁻³².

Artikel 21 - Partiële nietigheid. Indien één of meer bepalingen van dit contract op grond van enig recht dat van toepassing zou kunnen zijn, (rechts)geldigheid en/of (juridisch) effect zouden ontberen, om welke reden ook, dan tast dit niet

³¹ De nietigverklaring op kennisgeving is een opvallende vernieuwing die sinds 1 januari 2023 werd ingevoerd in het nieuwe boek 5 “Verbintenissen” in ons BW (cf. art. 5.59, derde lid BW) waarbij onze wetgever de mosterd is gaan halen bij onze noorderburen (art. 3:49-50 NBW). Volgens Stijns en De Rey is de bepaling van aanvullend recht zodat partijen vrij zijn om ze te moduleren (bv. door de kennisgeving aan een bijzondere vorm of termijn te onderwerpen) of zelfs geheel uit te sluiten, wat we via de hierboven afgedrukte clausule doen (S. STIJNS en S. DE REY, “Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW – Deel I”, *RW* 2022-23, nr. 24, 11 februari 2023, nr. 32, 939). Opgelet evenwel, er zijn ook auteurs die de mogelijkheid om de eenzijdige nietigverklaring contractueel uit te sluiten in twijfel trekken, maar er wel tegelijk aan toevoegen dat de voorbereidende werken tot boek 5 BW er zich niet over uitspreken (aldus: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Handboek Nieuw Algemeen Contractenrecht*, Intersentia, 2023, nr. 464, p. 398). Het laatste woord is hierover dus blijkbaar nog niet gezegd.

³² De inlassing van deze clausule is enkel zinvol als het contract van aanwas onderhands wordt opgesteld. Immers, uit de aanhef van artikel 5.59, derde lid BW blijkt dat de nietigverklaring op kennisgeving niet mogelijk is als een contract bij authentieke akte is vastgesteld. Deze uitzondering wordt, zo blijkt uit de voorbereidende werken tot de wet van 28 april 2022 houdende instelling van boek 5 “Verbintenissen”, gerechtvaardigd vanuit de gedachte dat de persoon die het authentiek karakter aan het contract verleent (meestal de notaris) gehouden is om voorafgaandelijk de geldigheid ervan te verifiëren en door de bekommernis om de uitvoerende kracht van de authentieke akte niet te schaden (Toelichting bij het wetsvoorstel, *Parl.St.*, Doc. 55-1806/001, p. 70).

de (rechts)geldigheid en/of het (juridisch) effect van de andere bepalingen van dit contract aan. De bepalingen van dit contract zijn derhalve deelbaar bedongen door partijen³³. Elke onderverdeling van dit contract, onder meer in (onder) delen, hoofdstukken, artikelen of paragrafen, is enkel voor de duidelijkheid en de logica opgenomen, en doet geen afbreuk aan het hiervoor bepaalde. Elke bepaling van dit contract die met de openbare orde en/of de goede zeden strijdig zou worden bevonden, kan derhalve nooit de (rechts)geldigheid van de andere bepalingen van dit contract in het gedrang brengen.

*(EVENTUEEL) **Voorafgaande beslissing Vlabel.** Het bezwarend karakter van dit contract alsook de kwalificatie ervan als kanscontract werden door de Vlaamse Belastingdienst bevestigd in de voorafgaande beslissing nr. \$\$\$ de dato \$\$\$³⁴.*

BESLUIT

6. “Modellen”³⁵: notarissen (en bij uitbreiding alle juristen) zijn er tuk op. Maar ze hebben zo hun nadelen. Een model, eenmaal het zijn weg heeft gevonden naar de harde schijf van de computer, heeft de slechte gewoonte snel te verstenen in een fossiel. Het is na een (hopelijk grondige en zeer kritische) lectuur door de gebruiker goed bevonden en men gebruikt het dus telkens weer opnieuw zonder het al te veel bij te sturen. Doe dit je cliënt niet aan, want hij of zij verdient beter. Gebruik dit model dus vooral als een “spring-in-het-veld” dat als een puber smeekt om aandacht en er amechtig naar smacht om (bij)geboetseerd te worden *à la tête du client*. Bovendien is het hierboven aangereikt model niet perfect, om de eenvoudige reden dat ook zijn maker verre van perfect is. Al uw suggesties tot verbetering zijn dan ook van harte welkom. Intussen wens ik u alvast veel gebruiksplezier.

Deze bijdrage werd afgesloten op 21 juli 2023 (niet onbelangrijk om weten daar *in fiscalibus* zaken de kwalijke gewoonte hebben om soms snel te veranderen).

³³ Ook onder het boek 5 BW blijft het mogelijk *en nuttig* om een deelbaarheidsclausule (“*severability clause*”) op te nemen in een contract. De partiële nietigheid is sinds 1 januari 2023 weliswaar wettelijk verankerd in art. 5.63 BW maar het verwijst onder meer naar de “bedoeling van partijen” en deze bedoeling van partijen (lees: de deelbaarheid) kan maar best expliciet bevestigd worden in het contract zelf via een “deelbaarheidsbeding” (S. STIJNS en S. DE REY, “Het nieuwe verbintissenrecht in Boek 5 BW – Deel I”, *RW* 2022-23, nr. 24, 11 februari 2023, nr. 31, 938). Nu is het wel zo dat de bedoeling van partijen weliswaar een belangrijke voorwaarde is maar niet de enige. Uit art. 5.63 BW, dat in feite niet meer is dan de codificatie van oud recht zoals ontwikkeld door rechtspraak en rechtsleer omtrent partiële nietigheid, blijkt immers dat ook nog twee andere voorwaarden van tel zijn, te weten de afsplitsing moet: a) stroken met het doel van de geschonden regel (die de ongeldigheid met zich meebrengt) en b) mogelijk zijn (het resterend deel van het contract kan overeind blijven).

³⁴ Ofschoon het fiscaal kader van contracten van aanwas rond roerende goederen intussen wel duidelijk is zowel op basis van het Vlabel-standpunt nr. 17044 als op grond van de talloze voorafgaande beslissingen die Vlabel sinds 2018 hierover heeft afgeleverd, blijven nogal wat belastingplichtigen (lees: hun adviseurs) veiligheidshalve vaak “hun geval” aan het Orakel van Delphi (lees: de Dienst Voorafgaandelijke Beslissing van Vlabel) voorleggen om helemaal fiscaal op veilig te spelen. Als dit effectief is gebeurd en men heeft een positieve beslissing bekomen, dan is het zinvol daarnaar te verwijzen in het contract.

³⁵ Om alle misverstanden meteen in de kiem te smoren: ik bedoel *niet* deze van Armani, Chanel, Saint-Laurent of andere befaamde modehuizen, maar “saaie”(?) juridische clausules.

LA DONATION RÉSIDUELLE. QUELQUES POINTS D'ATTENTION

Fabienne TAINMONT

INTRODUCTION

1. À l'occasion du centenaire du Comité d'Études et de Législation de la Fédération du notariat belge, il nous a semblé intéressant de revenir sur un thème, déjà abordé à deux reprises – en 1990 et 1991¹ et en 2006² – par le Comité, à savoir la donation résiduelle ou « *de residuo* ».

2. L'allègement de la fiscalité des donations, amorcé par la Région flamande dans son décret du 19 décembre 2003 relatif au droit d'enregistrement des donations mobilières³, a amené la pratique à davantage proposer des planifications patrimoniales par le biais de libéralités entre vifs.

Dans ce cadre, l'ajout d'une clause « *de residuo* » s'avère intéressant, notamment dans les hypothèses suivantes :

- Une épouse, sans enfant, consent une donation à son conjoint. Ce qui restera des biens donnés est attribué à ses neveux et nièces.
La protection du conjoint survivant est garantie et à terme, le « *residuum* » reviendra à la branche d'où il provient.
- Un père consent une donation à son fils et à sa fille (qui n'a pas d'enfant) et ce qui restera des biens donnés est dévolu à son fils ou aux enfants de celui-ci.
L'égalité est respectée entre les enfants et, au décès de la fille, ce qui subsiste des biens donnés retournera dans la famille du frère.
- Une mère, séparée du père de ses enfants, consent une donation à ses deux enfants mineurs et prévoit qu'au décès du premier d'entre eux, en l'absence de descendance, les biens donnés reviendront au survivant des donataires.
L'objectif est ici d'éviter que les biens donnés soient recueillis, même partiellement, par un héritier du « grevé », jugé indésirable, en l'occurrence le père des enfants.

¹ Dossier n° 6180 (« Schenking van tegenwoordige goederen met beding van fideicommiss *de residuo* »), in *Travaux du Comité d'Études et de Législation. Années 1991-1992*, éd. Gilles Duculot, p. 386 et suiv.

² Dossier n° 4380 (« Donation avec clause de fideicommiss *de residuo* »), in *Travaux du Comité d'Études et de Législation. Années 2006-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 254 et s. Alors qu'il était quelque peu hésitant sur la validité de ce type de donation, lors des débats de 1991-1992, le Comité affirme le principe de sa validité.

³ On se souviendra que c'est par ce décret que les donations de biens meubles n'ont plus été soumises à un taux d'imposition progressif mais à un taux fixe de 3 % en ligne directe ou entre partenaires (selon la même typologie que pour les droits de succession) et de 7 % entre toutes autres personnes. Bien des réformes se sont succédé depuis lors...

Une donation « *de residuo* » est parfois proposée dans d'autres cas de figure :

- Des parents font une donation d'une somme d'argent à leur enfant handicapé avec une clause « *de residuo* » au profit de leurs autres enfants ou de l'institution qui s'occupe de cet enfant.

Comme le soulignent toutefois Jean Fonteyn et Matthieu Van Molle⁴, ce mécanisme assure la transmission du patrimoine mais n'apporte rien concernant l'administration des biens. Il en va de même lorsque la donation est réalisée au profit d'un enfant prodigue ou en proie à des addictions. Dans ce cas, également, la donation « *de residuo* » doit être complétée par des mécanismes de contrôle relatifs à la gestion des biens donnés.

- Un père consent une donation à son épouse d'une seconde union à charge pour elle de remettre, à son décès, ce qui subsiste des biens reçus aux enfants de la première union.

Cette clause semble *a priori* judicieuse pour le père qui, tout en avantageant son épouse, n'a pas l'impression de léser ses enfants puisque ce qui subsistera de la donation, au décès de leur belle-mère, leur reviendra (en théorie, du moins...).

3. Sur papier, la donation « *de residuo* » paraît alléchante...

Elle suscite toutefois plusieurs difficultés, liées, en partie, à une absence de réglementation légale, une doctrine contrastée et une jurisprudence parcimonieuse.

Compte tenu de son caractère limité, le présent rapport identifiera, modestement, quelques points d'attention pour le praticien et proposera un modèle de clause « *de residuo* »⁵.

⁴ « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration de biens post mortem », in *Les écritures testamentaires. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2016, p. 130.

⁵ Nous renvoyons, pour davantage de développements, aux excellentes contributions suivantes :

- C. LOUSBERG, « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », in *La transmission patrimoniale à l'aune des clauses d'indisponibilité. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2022, p. 73 et s.

- B. DELAHAYE, « Trois questions en lien avec les libéralités *de residuo*. Part réservataire, revenus des biens et donation *de residuo* antérieure au 15 décembre 2020 », *R.P.P.*, 2021, p. 296 à 299.

- L. STAS, « Donation *de residuo* : quelques réflexions civiles et fiscales sur la façon de protéger les intérêts de l'appelé », *Rec. gén. enr. not.*, 2018, n° 27.152, p. 559 et s.

- Ph. DE PAGE, « La libéralité résiduelle. Aspects pratiques », *Rev. not. b.*, 2017, p. 86 et s.

- C. LOUSBERG, « Les libéralités résiduelles : aspects civils », in *L'option, la condition, le terme et la substitution. Effets civils et fiscaux sur l'organisation et la transmission d'un patrimoine*, Limal, Anthemis, 2017, p. 105 et s.

- M. PUELINCKX-COENE, « Over schenkingen *de residuo* », *T.E.P.*, 2007, p. 190 et s.

- P. VAN DEN EYNDE, « Legs ou donation *de residuo* », in N. BAUGNIET et J.-F. TAYMANS (dir.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, p. 449 et s.

I. NOTION

4. La donation résiduelle est celle par laquelle le donateur dispose de tout ou partie de ses biens au profit d'un premier bénéficiaire (le « grevé ») avec stipulation que ce qui restera des biens donnés reviendra, au décès du premier bénéficiaire, à un second bénéficiaire qu'il désigne (l'« appelé »).

Tant le « grevé » que l'« appelé » reçoivent leurs droits du disposant. En d'autres termes, il est question d'une double libéralité et non pas d'une libéralité avec charge⁶.

5. La donation résiduelle se distingue de la donation avec charge de conservation au profit d'autrui, interdite par l'article 4.133 du Code civil, par le fait que le « grevé » n'a pas l'obligation de conserver les biens.

S'il est exact que la donation résiduelle n'est pas une exception à proprement parler à la donation avec charge de conservation au profit d'autrui et ne devait dès lors pas être mentionnée, à ce titre, dans le Code civil⁷, une réglementation de ce mécanisme, à l'occasion de la recodification (qui n'était de toute façon pas 'à droit constant') aurait sans doute permis de dissiper ses nombreuses zones d'ombre.

6. Selon la doctrine majoritaire⁸, une donation sous condition résolutoire au profit du « grevé » se combine avec une donation sous condition suspensive au profit de l'« appelé », l'événement futur et incertain consistant dans l'existence d'un résidu au décès du « grevé ».

7. La clause « *de residuo* » doit nécessairement être intégrée dans une donation notariée (art. 4.158 C. civ.).

La donation manuelle, qui est un contrat réel (c'est-à-dire qui se forme par la remise effective de la chose donnée) ne se conçoit pas puisque « l'appelé » ne récupérera que le solde des biens donnés (s'il en reste un), et au surplus, seulement au décès du « grevé ».

Inclure une clause « *de residuo* » dans une donation indirecte n'est pas non plus envisageable puisqu'une donation indirecte s'effectue via un acte neutre (c'est-à-dire qui ne révèle pas sa cause, gratuite ou onéreuse), impliquant un transfert immédiat et définitif de la propriété⁹.

⁶ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 1229, n° 2435.

⁷ H. CASMAN, « Le droit successoral intégré dans le Livre 4 du nouveau Code civil : quoi de neuf ? », in N. MASSAGER (dir.), *Actualités en droit des successions et libéralités*, coll. UB3, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 42 et 43 ; C. LOUSBERG, « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », *op. cit.*, p. 74.

⁸ L. STAS, *op. cit.*, p. 544 ; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 87.

⁹ L. STAS, *op. cit.*, p. 542.

8. Le « grevé » et l'« appelé » doivent intervenir à l'acte de donation et accepter, chacun, leur donation, avant le décès du donateur¹⁰, ce qui suppose qu'ils soient nés (vivants et viables) ou, à tout le moins, conçus (*cf.* art. 4.137, al. 1 et 3, C. civ.).

L'article 4.161 du Code civil prévoit que l'acceptation peut toutefois être faite, par un acte postérieur et authentique. Depuis le 1^{er} juillet 2022, le donateur (ou la personne à qui le donateur a donné procuration – authentique – pour le représenter) doit comparaître à l'acte d'acceptation pour en prendre connaissance¹¹.

II. LES POUVOIRS DU « GREVÉ »

9. La détermination des pouvoirs du « grevé » s'apparente à un exercice d'équilibriste ou à une recherche d'équité entre les prérogatives du « grevé » et la protection de l'« appelé ».

Il y a en effet lieu de ne pas tomber dans l'interdiction des donations avec charge de conservation au profit d'autrui, ce qui nécessite de laisser une certaine marge de manœuvre au « grevé » quant à sa faculté d'aliéner les biens reçus mais dans le même temps, le pouvoir de disposition du « grevé » doit être contenu dans de justes proportions pour que la volonté du donateur, qui est d'assurer la transmission du résidu à « l'appelé », soit effective.

A. LES ACTES À TITRE ONÉREUX

10. Le « grevé » peut disposer librement des biens donnés à titre onéreux par le bien d'un contrat de vente, d'échange...

Il est toutefois interdit au « grevé » d'agir « en haine de l'institution »¹² et, plus largement, d'abuser de son droit¹³.

L'interdiction de l'abus de droit, qui était jusqu'à la réforme du droit des obligations un principe général de droit, est à présent codifiée¹⁴, de manière générale, à l'article 1.10 C. civ. L'article 5.73 C. civ. la consacre en matière contractuelle.

¹⁰ P. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 452.

¹¹ Auparavant, le donateur ne devait pas comparaître. L'article 932 de l'ancien Code civil prévoyait uniquement que la donation n'avait d'effet à son égard que du jour où l'acte constatant l'acceptation lui avait été notifié.

¹² Liège, 31 mars 1993, *Rec. gén. enr. not.*, 1995, n° 24.510, p. 255.

¹³ L. STAS, *op. cit.*, p. 545 ; Anvers, 8 avril 2015, *T. Not.*, 2015, p. 436.

¹⁴ Voy. à ce sujet, T. LÉONARD, « L'interdiction de l'abus de droit dans le nouveau Code civil : requiem pour un principe général de droit ? », in J. VAN MEERBEECK et Y. NINANE (dir.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, p. 67 et s.

Selon l'alinéa 2 de l'article 1.10, C. civ., « commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

L'article 5.73, alinéa 2, 2°, du Code civil prescrit que « nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat ». Il s'agit d'une conséquence du principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré précisément par cette disposition.

11. La jurisprudence publiée fait, à notre connaissance, une application très circonspecte de l'interdiction d'abuser de son droit, en matière de libéralité résiduelle, et plus précisément en matière de legs « *de residuo* »¹⁵. Dans chacune des décisions, il a été jugé que le « grevé » n'avait pas abusé de son droit parce qu'il n'avait pas agi dans le but exclusif de nuire délibérément à l'« appelé »¹⁶.

Cette frilosité jurisprudentielle est critiquable car elle repose sur une interprétation restrictive de l'abus de droit. Or, il résulte de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971¹⁷ que l'abus de droit « peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »¹⁸.

D'autres critères ont, par la suite, été dégagés, et notamment l'adoption d'un comportement abusif par le titulaire du droit qui, entre différentes manières d'exercer son droit qui lui procurent une même utilité, opte pour celle qui sera la plus préjudiciable à autrui¹⁹.

¹⁵ Nous n'avons pas connaissance de décisions rendues à ce sujet en ce qui concerne des donations « *de residuo* ».

¹⁶ Civ. Liège, 10 février 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 543. Le tribunal a considéré que le « grevé » avait effectué des donations au profit d'une personne pour laquelle il avait beaucoup d'affection et qui la lui rendait bien en lui apportant de l'aide pour la gestion de ses affaires. Voy. aussi Bruxelles, 6 janvier 1982, *Rev. not. b.*, 1982, p. 422, obs. Ph. DE PAGE. En l'espèce, le conjoint survivant avait bénéficié d'une institution contractuelle, assortie d'une clause de fidéicommiss au profit des héritiers du prémourant, laquelle ne prévoyait aucune charge de conservation. Dans les six mois du décès de son époux, la veuve avait réalisé plusieurs ventes et donations de manière telle que le patrimoine fidéicommissaire était réduit à peu de chagrin. Les « appelés » soutenaient que ces actes avaient été réalisés « en haine de l'institution ». La cour d'appel les a toutefois déboutés, sans doute sensible aux circonstances de la cause (les « appelés » étaient débiteurs, à l'égard du disposant, au jour du décès de celui-ci, d'un montant de 9.600.000 BEF en principal) considérant qu'il n'était pas démontré que l'épouse survivante avait agi dans le but exclusif de leur nuire. Le pourvoi en cassation dirigé contre cet arrêt a été rejeté (Cass., 23 juin 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 1205, *Rev. not. b.*, 1985, p. 505).

¹⁷ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28. Ce critère générique de l'abus de droit a été dégagé en matière extracontractuelle. Il a ensuite été appliqué en matière contractuelle dès les années 1980 (P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 146, n° 114).

¹⁸ Ph. DE PAGE, obs. sous Bruxelles, 6 janvier 1982, *Rev. not. b.*, 1982, p. 436 et 437 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 1235, n° 2446 ; L. STAS, *op. cit.*, p. 546, note infrapaginale 29.

¹⁹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 146, n° 114 et les réf. citées.

Un arrêt récent de la Cour de cassation, rendu le 25 avril 2022²⁰, résume parfaitement les contours de l'abus de droit, qui nous semblent toujours valables depuis la recodification.

Selon la Cour, « il peut y avoir abus de droit non seulement lorsque le titulaire du droit en use dans l'intention exclusive de nuire à autrui, mais aussi lorsque le droit est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne prudente et diligente. Tel est le cas spécialement lorsque, entre différentes façons d'exercer son droit, avec la même utilité, le titulaire de ce droit choisit celle qui est la plus dommageable pour autrui ».

12. Qu'en est-il du « grevé » qui utiliserait prioritairement, voire exclusivement, le patrimoine fidéicommissaire pour ses propres besoins, préservant de la sorte son patrimoine personnel ?

En principe, le « grevé » est à la tête de ces deux patrimoines et il les affecte à ce que bon lui semble. Il n'est toutefois pas exclu qu'il commette un abus de droit si, et seulement si, au regard d'une appréciation rigoureuse des circonstances de fait, et alors qu'il avait le choix d'utiliser indifféremment l'un ou l'autre des patrimoines, il a décidé d'utiliser exclusivement le patrimoine fidéicommissaire (au lieu de répartir ses dépenses) sans que ce choix soit justifié par un mobile légitime ou un motif raisonnable²¹.

Toute « consommation » d'un patrimoine est, par essence, dommageable pour les futurs ayants droit. Il existe toutefois une différence entre l'« appelé » qui est déjà titulaire d'un droit, mais dont l'exécution est suspendue et dont l'objet est aléatoire, et les successibles du « grevé » qui n'ont, quant à eux, que des expectatives successorales.

Par ailleurs, que penser de la clause selon laquelle le « grevé » doit affecter en priorité son patrimoine personnel à la satisfaction de ses besoins ? Cette clause est-elle valable dans la mesure où, comme le soutient Pierre Van den Eynde²², elle n'entacherait pas le droit du « grevé » de disposer des biens à titre onéreux ?

Cette clause ne nous paraît pas valable ; à tout le moins, elle est inopportune.

Le pouvoir de disposition à titre onéreux ne peut être restreint que si cette limitation est temporaire et justifiée par un intérêt légitime.

Contraindre le « grevé » à n'utiliser le patrimoine fidéicommissaire que dans la mesure où son patrimoine personnel ne suffit pas à pourvoir à ses besoins per-

²⁰ Cass., 25 avril 2022, *J.L.M.B.*, 2023, p. 4.

²¹ En ce sens également, C. LOUSBERG, « Les libéralités résiduelles : aspects civils », *op. cit.*, p. 119, n° 46.

²² P. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 456.

sonnels constitue une entrave au droit de propriété qui n'est pas justifiée et qui revient, en réalité, à introduire une obligation de conservation déguisée²³.

À supposer pareille clause valable, ce dont nous doutons, pareille restriction constitue une véritable bombe à retardement, génératrice de discussions et de conflits sans fin.

À partir de quand va-t-on considérer que le « grevé » est dans un état de besoin qui ne peut être rencontré par son patrimoine personnel ? Quelles sanctions appliquer en cas de non-respect de la clause ? Une sanction n'est-elle de toute façon pas qu'un leurre si c'est au « grevé », et à lui seul, qu'il appartient d'apprécier la non-satisfaction de ses besoins au moyen de son patrimoine personnel ?

13. Il pourrait également y avoir abus de droit dans le cas d'une vente à charge de rente viagère, effectuée à des conditions financières défavorables pour le « grevé » et sans que cette opération soit justifiée par un état de besoin ou un motif légitime.

Afin de prévenir toute difficulté, serait-il possible d'interdire toute vente à charge de rente viagère ou de la limiter à l'hypothèse d'un état de besoin du « grevé » ? Il nous semble que le principe doit demeurer : le « grevé » peut accomplir tout acte à titre onéreux et son pouvoir de disposition ne peut être limité sous peine d'introduire une forme d'obligation de conservation, qui est précisément interdite²⁴. C'est à l'« appelé » qui considérerait que l'opération est constitutive d'un abus de droit qu'il appartiendrait de faire valoir ses droits en justice.

14. Enfin, à défaut de disposition en ce sens dans l'acte de donation, il nous semble que le « grevé » n'a pas à rendre compte de sa gestion à « l'appelé ». Celui-ci ne dispose pas davantage d'un droit de surveillance à l'égard des actes posés par le « grevé ».

Dispose-t-il toutefois, d'office, d'un droit à l'information ?

En d'autres termes, même si rien n'a été prévu dans l'acte de don, « l'appelé » pourrait-il interroger le « grevé », à intervalles réguliers, pour avoir une vue du patrimoine fidéicommissaire ?

La question, qui se pose en pratique, est délicate.

²³ Dans le même sens, Ph. DE PAGE (*op. cit.*), p. 92, qui relève que pareille obligation imposée au « grevé » réduit assez considérablement son pouvoir de disposition.

²⁴ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 1234, n° 2444. *Comp.* J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 129) qui estiment qu'il serait possible d'interdire de vendre à charge de rente viagère car il pourrait s'agir d'une technique qui porterait atteinte à la transmission du « residuum ».

Prenons l'hypothèse d'une donation « *de residuo* » au profit d'un second conjoint, les « appelés » étant les enfants du premier lit du disposant.

L'objectif du disposant est de faire en sorte que son conjoint soit en mesure de vivre le plus confortablement possible et que le résidu qui subsisterait soit transmis à ses propres enfants (et pas aux héritiers de son conjoint).

Les enfants du premier lit ont-ils le droit d'être informés des actes posés par leur beau-parent, ce qui leur permettrait de réagir rapidement en cas d'abus de droit, alors que rien n'est prévu dans l'acte de donation ?

Le beau-parent peut-il s'opposer à cette requête en invoquant le fait qu'il est plein propriétaire et qu'il n'est tenu, à ce titre, à aucun devoir d'information (qui constituerait d'ailleurs une obligation de reddition de comptes déguisée) et qu'au surplus, pareil devoir d'information violerait le droit au respect de sa vie privée ?

Jean Fonteyn et Matthieu Van Molle²⁵ relèvent qu'une obligation d'information est « envisageable » et « peut s'avérer fort opportune tant il peut être malaisé de connaître avec précision les biens qui forment le résidu au décès du grevé ». Ils ne précisent toutefois pas si elle existe d'office ou si elle doit être prévue dans le contrat de donation.

Dans son arrêt du 8 avril 2015²⁶, la Cour d'appel d'Anvers semble déduire de l'obligation imposée par le disposant de faire, à l'ouverture de sa succession, un inventaire du patrimoine fidéicommissaire et de l'obligation de gérer séparément le patrimoine fidéicommissaire, celle de réaliser un nouvel inventaire lors de chaque changement fondamental du patrimoine, notamment à la suite de la vente d'un bien²⁷. La cour exclut toutefois le droit de surveillance permanent mais insiste plutôt sur le fait qu'il y a lieu de trouver un équilibre entre l'obligation d'information dans le chef du « grevé » et le principe du droit au respect de la vie privée de « l'appelant ».

Vu le flou qui règne, il est clair que le mieux est de régler ces questions dans l'acte de donation. A défaut, il nous semble que seuls les changements fondamentaux relatifs à la composition du patrimoine fidéicommissaire doivent être portés à la connaissance de l'« appelé ».

Selon la volonté du donateur (qui doit rejoindre celle des donataires, puisqu'il s'agit ici d'un contrat...), un devoir d'information sera, ou non, imposé au « grevé ».

²⁵ J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, *op. cit.*, p. 130.

²⁶ Anvers, 8 avril 2015, *T. Not.*, 2015, p. 436 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2016, p. 224.

²⁷ Anvers, 8 avril 2015, *T. Not.*, 2015, spéc. p. 349 et 340.

15. Outre l'obligation, classique, d'individualiser le patrimoine fidéicommissaires, d'autres clauses, très intéressantes, sont proposées par C. Lousberg²⁸ en cas d'aliénation du bien donné :

- Afin d'assurer la traçabilité du bien donné, indiquer dans l'acte d'achat que le prix de vente du bien donné est réinvesti dans le bien nouvellement acquis ;
- Afin de maintenir l'intégrité du patrimoine fidéicommissaire, accorder un droit de préemption à l'« appelé » (ce qui suppose qu'il dispose de fonds nécessaires pour acquérir le bien) ;
- Afin de s'assurer que le « grevé » n'abuse de son droit, obliger le « grevé » à informer l'appelé de son intention de vendre le bien donné afin de lui permettre de réclamer une expertise. Le prix de vente ne pourrait être inférieur à la valeur fixée par l'expert.

B. LES ACTES À TITRE GRATUIT

1. Entre vifs

16. En principe, le « grevé » peut disposer des biens reçus par donation²⁹. Le donateur peut toutefois le lui interdire³⁰.

2. Pour cause de mort

17. C'est le principe inverse qui prévaut.

Le « grevé » ne peut pas disposer des biens donnés par testament puisque le donateur a précisément déjà prévu le sort du résidu au décès du « grevé »³¹ mais il est admis que le donateur puisse expressément l'y autoriser, au risque de dénaturer totalement l'institution.

III. QUESTIONS DISPUTÉES

A. QUID EN CAS DE DÉCÈS DE L'« APPELÉ » AVANT LE « GREVÉ » ?

18. La doctrine³² considère, à juste titre, qu'en cas de prédécès de l'« appelé », ses droits passent à ses ayants droit.

²⁸ « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », *op. cit.*, p. 84 et 85.

²⁹ À propos de legs « *de residuo* », Civ. Liège, 10 février 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, p. 543 ; Anvers, 23 octobre 2006, *T. Not.*, 2008, p. 191.

³⁰ En ce sens, à propos du legs « *de residuo* », Cass., 26 février 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 494.

³¹ En ce sens, à propos du legs « *de residuo* », Cass., 25 juin 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 1106 ; Cass., 29 mars 1976, *T. Not.*, 1977, p. 45.

³² Voy. notamment P. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 453 ; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH et K. VANWINCKELEN, *op. cit.*, p. 1236, n° 2447.

L'« appelé » est titulaire d'un droit, certes conditionnel, mais dont seule l'exécution est suspendue.

Pour cette raison également, il ne nous paraît pas possible de désigner d'autres « appelés » dans l'hypothèse où l'« appelé » (qui serait « principal ») viendrait à décéder avant le « grevé », à moins, bien entendu, de les faire intervenir à l'acte de donation³³.

B. EN CAS D'ACTE DE DISPOSITION À TITRE ONÉREUX PAR LE « GREVÉ », LES DROITS DE L'« APPELÉ » SE REPORTENT-ILS SUR LE BIEN NOUVELLEMENT ACQUIS ?

19. En l'absence d'indication dans la clause « *de residuo* », il nous paraît que les règles de la subrogation réelle sont d'application³⁴, et à plus forte raison depuis l'abrogation du principe de la subrogation réelle à l'article 3.10 du Code civil. Le résidu portera donc sur le bien donné en nature mais également sur celui ou sur ceux qui s'y substituerai(en)t par la suite.

En pratique, les actes de donation incluent souvent une clause subrogatoire, ce qui permet de préciser les contours de la subrogation, par exemple lorsque le « grevé » vend le bien donné et en achète un, plus important, avec son conjoint.

20. La validité de certaines clauses est toutefois délicate à apprécier. Il en va ainsi lorsqu'il est prévu qu'en cas d'aliénation, il existera une obligation de restitution par équivalent, en argent. Si la contre-valeur du bien donné, qui a été vendu, est due, il y a une obligation de conservation, qui ne dit pas son nom, incompatible avec le mécanisme de la clause « *de residuo* ».

En revanche, si la clause prévoit que la restitution devra porter sur ce qui subsiste des deniers perçus à la suite de l'aliénation, elle nous paraît parfaitement valable puisqu'il n'y a aucune obligation d'en conserver la substance. Si rien ne subsiste parce que le « grevé » a consommé le produit de la vente, rien ne sera dû à l'« appelé ». En revanche, si le « grevé » utilise la somme perçue pour acquérir un autre bien, cet autre bien sera transmis à l'« appelé »³⁵.

Naturellement, encore faudra-t-il « tracer » le produit de l'aliénation et c'est souvent bien là toute la difficulté.

Quelque parfaite que puisse être sa rédaction, une clause subrogatoire n'est en effet opérationnelle que si la traçabilité du ou des bien(s) donné(s) peut être assurée.

³³ Voy. Ph. DE PAGE (*op. cit.*, p. 96, n° 7) qui recommande de désigner des bénéficiaires successifs du résidu.

³⁴ *Contra* A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE, J. SAUVAGE et V. WYART, *Les libéralités*, Limal, Anthemis, 2020, p. 112.

³⁵ C. LOUSBERG, « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », *op. cit.*, p. 86.

À cet égard, une clause « *de residuo* » est susceptible d'être efficace en présence de biens destinés à être conservés, tels que des immeubles, des terres, des bois, ou encore des actions d'une société familiale. Elle s'accommode en revanche plus difficilement de choses fongibles.

Par ailleurs, il y a aussi lieu d'être attentif au délai entre la donation et le décès du « *grevé* ». Plus il risque d'être long, plus ardue sera la reconstitution des chaînes d'aliénation.

On notera encore qu'en ce qui concerne les universalités de fait, visées à l'article 3.8, alinéa 2, du Code civil, telles que les portefeuilles de titres, il n'est pas nécessaire de prévoir un mécanisme de subrogation. L'article 3.165 du Code civil l'organise déjà.

C. LA CLAUSE « *DE RESIDUO* » PEUT-ELLE PORTER SUR LES REVENUS DES BIENS DONNÉS ?

21. La réponse à cette question dépend de l'effet rétroactif ou non attaché à la condition résolutoire relative à la donation du disposant envers le « *grevé* ».

Pour les donations réalisées avant le 1^{er} janvier 2023, la condition résolutoire joue avec effet rétroactif, conformément à l'article 1179 de l'ancien Code civil. Il est toutefois admis que l'effet rétroactif ne s'applique pas aux revenus qui ont été régulièrement et normalement perçus³⁶. Ceux-ci sont dès lors définitivement acquis à la succession du « *grevé* ».

Pour toutes les donations réalisées à partir du 1^{er} janvier 2023 (*cf.* art. 64 de la loi du 28 avril 2022 qui énonce les dispositions de droit transitoire), il y a lieu de tenir compte de l'article 5.147 du Code civil en vertu duquel la réalisation de la condition résolutoire produit ses effets de plein droit et pour l'avenir, et donne lieu à restitution de la prestation fournie conformément aux articles 5.115 à 5.122 du Code civil. Il résulte de l'article 5.122 du Code civil, en vertu duquel la restitution d'une chose inclut les fruits, que la restitution des revenus revient au donateur, lequel a lui-même donné à l'« *appelé* » le résidu des biens sous condition suspensive de leur existence.

La matière est toutefois supplétive et les parties prévoiront utilement ce qu'elles souhaitent dans l'acte de donation :

- Soit elles estiment que les revenus, ne faisant pas partie des biens donnés en tant que tels, sont définitivement acquis à la succession du « *grevé* », qu'ils soient ou non consommés.

³⁶ H. DE PAGE, « Introduction – Théorie générale des droits et des lois – Les personnes – La famille », in *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 249, n° 167.

- Soit la volonté est de remettre à l' « appelé » l'entièreté du solde qui subsiste, revenus compris.

Comme le souligne à juste titre Bérénice Delahaye³⁷, l'inclusion du solde des revenus dans le « *residuum* » est préférable lorsque les revenus du portefeuille-titres sont réinvestis car, dans ce cas, la détermination de ce qui est définitivement acquis à la succession du « grevé » et de qui revient à l'« appelé » sera malaisée à déterminer.

D. COMMENT VALORISER UNE DONATION « DE RESIDUO » ?

22. La loi du 31 juillet 2017 a uniformisé les règles de valorisation des libéralités pour les opérations de rapport et de réduction.

L'article 4.153 du Code civil, qui détermine la masse de calcul, précise que les biens donnés sont valorisés d'après leur état et leur valeur telle que définie à l'article 4.90, § 2 à 9 du Code civil (article qui concerne le rapport) :

- La date à prendre en considération pour la valorisation d'une donation aux fins de réduction et de rapport est en principe celle du bien donné au jour de la donation, indexée depuis le jour de la donation jusqu'au jour du décès selon l'indice des prix à la consommation (art. 4.90, § 2, C. civ.)
- Bien davantage qu'une modalisation, le deuxième alinéa du paragraphe 3 de l'article 4.90 du Code civil apporte une exception à la règle de la valorisation des donations au jour de la donation.

Dès lors que lorsque le donataire n'a pas eu le droit de disposer de la pleine propriété du bien donné dès le jour de la donation, il est tenu compte de :

- la valeur du bien donné au jour du décès (si le donataire acquiert le droit de disposer au moment du décès) ;
- la valeur du bien donné au jour du décès, déduction faite de la valeur des charges grevant la pleine propriété du bien (si le donataire n'acquiert la pleine propriété du bien qu'à une date postérieure au décès).

Si le donataire acquiert le droit de disposer de la pleine propriété à une date postérieure à la donation, mais antérieure au jour du décès du donateur, il est tenu compte de la valeur du bien donné à cette date, indexée depuis ce jour jusqu'à la date du décès.

³⁷ *Op. cit.*, p. 297.

23. Le législateur a donc décidé de prendre en considération ce dont le donateur s'était appauvri au bénéfice du donataire, quels que soient les efforts du donataire pour valoriser le bien ou, au contraire, sa négligence dans la gestion du bien.

Il a toutefois considéré que cette règle n'était justifiable que si le donataire avait joui, dès le jour de la donation, de la maîtrise du bien donné, c'est-à-dire que s'il était en mesure de le gérer et d'en disposer.

24. À l'occasion d'une précédente contribution³⁸, une analyse rigoureuse du texte légal et des développements qui ont précédé son adoption (à laquelle nous nous permettons de renvoyer le lecteur) nous ont conduite aux conclusions « *de lege lata* » suivantes.

La valorisation d'une donation au jour du décès a lieu si les conditions suivantes sont réunies.

- La limitation du droit du donataire résulte de la volonté du donateur ;
- Cette limitation ne vise pas le seul « *ius abutendi* » mais l'ensemble des droits liés à la qualité de propriété d'un bien et donc, y compris, le droit de gérer le bien.

En d'autres termes, la règle de la valorisation du bien donné au jour de la donation n'est d'application que si le donataire dispose de la totale maîtrise du bien ou de l'ensemble des prérogatives lui permettant de gérer et de disposer du bien donné comme il l'entend. Ce n'est que dans ce cas que le risque de déperdition de valeur du bien donné peut être mis à charge du donataire.

Ce ne sont toutefois pas ces critères qui sont pris en considération par Hélène Casman³⁹. Selon elle, si le pouvoir de disposition est limité parce que toute aliénation n'est pas possible ou parce que l'aliénation n'est, *de facto*, pas possible en raison de la charge qui pèse sur le bien donné, il n'est pas question d'un manque de maîtrise (« *ontbrekend meesterschap* »). Si nous la suivons en ce qui concerne les obstacles de pur fait ou pratiques, il n'en va pas de même des restrictions juridiques aux attributs du droit de propriété. En leur présence, il y a clairement une atteinte à la maîtrise du bien donné.

25. Qu'en est-il plus spécifiquement en ce qui concerne une donation « *de residuo* » ?

La réponse à cette question n'est pas simple.

³⁸ F. TAINMONT, « La liquidation d'une succession en présence d'enfants communs », in F. LALIÈRE (dir.), *Les acteurs de la succession. Calcul de la masse, imputation, liquidation, partage*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 5 et s.

³⁹ H. CASMAN, « Nieuwe erfrecht. Een kennismaking », *NjW*, 2018, p. 136, n° 4.

Le « grevé » ne dispose pas formellement de l'entière des droits inhérents à la pleine propriété de la chose donnée mais il est susceptible, malgré tout, d'être rendu responsable des plus-values et moins-values de la chose donnée en raison de la limitation très ciblée apportée à son droit de propriété, ce qui autoriserait une valorisation des biens donnés au jour de la donation (avec indexation).

« *De lege lata* », il ne nous semble toutefois pas possible de suivre ce raisonnement.

Dès lors que le pouvoir de disposition du grevé est limité – le « grevé » ne peut disposer des biens donnés par testament (sauf disposition contraire) et il est lui très souvent interdit d'en disposer par donations – il nous paraît que les biens donnés doivent être valorisés au jour du décès, déduction faite de la charge liée à la clause « *de residuo* ». Cette charge nous semble toutefois impossible à chiffrer et, en pratique, rien ne nous paraît donc pouvoir être déduit.

Il est intéressant d'observer que Nathalie Labeeuw⁴⁰ arrive à la conclusion inverse. Elle reconnaît que le « grevé » n'a jamais la libre disposition du bien⁴¹, mais comme il est impossible de valoriser la donation et que le législateur n'a pas pu vouloir que la donation ne soit pas valorisable, elle suggère de valoriser le bien donné au jour de la donation (avec indexation).

On notera encore que E. Vanthorre⁴² ne voit dans la clause « *de residuo* », à tort selon nous, qu'un simple obstacle de fait ou pratique à libre disposition.

Sans prendre position, F. Lalière⁴³ constate cette insécurité juridique.

26. Il est clair que le législateur n'a assurément pas mesuré les difficultés pratiques des nouvelles règles de valorisation et qu'un éclaircissement aurait été le bienvenu à l'occasion de la recodification.

À défaut et dans l'attente d'un retour des cours et tribunaux, et afin de restaurer une sécurité juridique, une solution est de prévoir dans l'acte de don une clause qui permette de se trouver sans conteste dans le champ de l'exception aux règles de valorisation, par exemple une clause d'interdiction d'aliéner les biens donnés du vivant du donateur. Soit les parties se satisfont de cette date de valorisation au jour du décès du donateur. Soit elles préfèrent retenir la date de valorisation au jour de la donation (avec indexation) et elles concluent, à cette fin, le pacte successoral visé à l'article 4.90, § 6, C. civ. (auquel renvoie l'article 4.153 C. civ.).

⁴⁰ N. LABEEUW, « Het nieuwe begrip 'meesterschap': onmiddellijk nood aan duidelijkheid en uniformiteit », in *Liber amicorum Rik Deblauwe*, Herentals, KnopsPublishing, 2018, p. 461, n° 26.

⁴¹ Cette affirmation est toutefois à nuancer car il est possible que le donateur autorise le « grevé » à léguer les biens donnés et qu'il ne l'empêche pas de les donner.

⁴² Voy. E. VANTHORRE, « De impact van het nieuwe erfrecht op de schenking en vererving van familiebedrijven », *T.E.P.*, 2018, p. 59, n° 41.

⁴³ F. LALIÈRE, « L'évaluation des donations dans la loi du 31 juillet 2017 », in B. FRIN et A.-P. ANDRÉ-DUMONT (dir.), *La dernière révolution patrimoniale. Conséquences pratiques*, coll. Cahiers de l'AEDBF Belgium, Limal/Anthemis, Bruges/die Keure, 2021, p. 177, n° 16.

E. LA CLAUSE « DE RESIDUO » ET LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

27. Si « le grevé » est un héritier réservataire du disposant, peut-il contester le fait que la donation qu'il a reçue comporte une clause « *de residuo* » ?

Songez à l'hypothèse où une donation est réalisée en faveur d'une des filles du donateur, sans descendance, le résidu de cette donation devant être transmis, à son décès, aux enfants de ses sœurs.

La question, d'importance, doit être replacée dans le contexte dans lequel elle est susceptible de se poser.

Il y a tout d'abord lieu de vérifier si la donation est, ou non, rapportable.

Si la donation au profit du « grevé » a été dispensée de rapport, il n'y a naturellement pas d'atteinte à la réserve du « grevé ». La donation s'imputera sur la quotité disponible (et l'éventuel excédent sera réduit, le produit de la réduction intégrant la masse de partage afin de respecter la réserve des autres héritiers réservataires).

Si la donation est rapportable, il n'est pas possible d'apprécier, lors de la donation, s'il a été porté atteinte ou non à la réserve du « grevé ». Ce n'est que lors du décès du disposant que la masse de calcul sera établie et qu'il sera possible d'identifier une éventuelle atteinte à la réserve du « grevé ».

Si, au terme des opérations de liquidation, il apparaît que le « grevé » a reçu davantage que sa réserve, aucune difficulté ne se posera à cet égard.

Mais qu'en est-il dans l'hypothèse contraire ?

Si « le grevé » réclame sa réserve, il sera tenu compte de l'avance qu'il a déjà reçue par le biais de cette donation rapportable « *de residuo* ».

Mais comment y a-t-il lieu de la valoriser ?

Si le disposant a autorisé le « grevé » à aliéner les biens donnés à titre gratuit (de quelque manière que ce soit, par exemple par donation ou testament), ceux-ci seront valorisés au jour de la donation, avec indexation jusqu'au jour du décès (sous réserve d'autres clauses qui impliqueraient de valoriser la donation au jour du décès).

Si, comme la plupart du temps, le « grevé » s'est vu interdire de disposer par donation des biens donnés, et qu'il n'a pas été autorisé à léguer les biens donnés, le donataire n'a pas disposé de la totale maîtrise des biens donnés, ce que justifie la valorisation des biens donnés au jour du décès (sans déduction de la charge car celle-ci est impossible à chiffrer), sans préjudice de l'existence de pactes successoraux relatifs à la valeur à prendre en considération pour chiffrer la donation.

C'est en fonction de l'actif net qui subsistera au jour du décès du disposant, et de l'ensemble des libéralités consenties par le disposant, qu'il y aura lieu d'apprécier si la réserve du « grevé » a ou non été respectée.

28. Le raisonnement ne s'arrête toutefois pas ici car même si la réserve est respectée d'un point de vue quantitatif (avec, nous l'avons vu, l'incertitude liée à la valorisation d'une telle donation), elle ne l'est pas qualitativement lorsque les droits réservataires, qui consistent totalement ou partiellement en une donation résiduelle rapportable, sont amputés de la prérogative de transmettre les biens donnés à titre gratuit⁴⁴.

Imaginons un père de famille qui a trois enfants, Jean, Pierre et Marie. Il consent une donation à Marie et prévoit que ce qui restera des biens donnés sera transmis à Jean et Pierre (ou aux enfants de ceux-ci). La donation de Marie est rapportable et la remplit, en quantité, de sa réserve héréditaire. Elle pourra disposer à titre onéreux des biens donnés mais elle ne pourra toutefois rien transmettre à ses propres enfants.

La circonstance que la réserve est désormais due, sauf exceptions, en valeur⁴⁵ ne change absolument rien au fait que la réserve continue à être indisponible. Elle est attribuée par la loi, et le donateur ne peut la compromettre ni directement ni indirectement et, en particulier, il ne peut grever la réserve de charges ou de conditions. Pour reprendre les termes de M. Troplong⁴⁶, « la réserve est si respectable qu'il ne suffit pas, pour se conformer aux pensées de la loi, de ne pas l'aliéner ou de ne pas la léguer à autrui ; il faut encore la laisser aux personnes appelées, libre, pleine, exempte de charges, de conditions et de gêne ». À défaut, cette charge illicite doit être annulée⁴⁷.

Ni la réforme des 31 juillet 2017 et 22 juillet 2018 ni la recodification n'ont changé quoi que ce soit à cette règle.

Le fait que le grevé ait accepté les modalités de la donation qui lui a été consentie l'empêche-t-il de revendiquer, au décès du donateur, sa réserve « pleine et entière » d'un point de vue qualitatif ?

⁴⁴ Dans le sens d'une atteinte qualitative à la réserve, voy. les conclusions du Comité d'Études et de Législation dans le dossier n° 4380 (« Donation avec clause de fidéicommiss *de residuo* », in *Travaux du Comité d'Études et de Législation. Années 2006-2007*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 281 et 282) ; C. LOUSBERG, « Les libéralités résiduelles : aspects civils », *op. cit.*, p. 123, n° 60 ; B. DELAHAYE, *op. cit.*, p. 297 ; M. GRIMALDI, note sous Cass. fr., 31 janvier 1995, *Rép. Defrénois*, 1995, art. 36.160, p. 1112. Cet arrêt du 31 janvier 1995 (*T. Not.*, 1996, p. 95 ; *Rép. Defrénois*, 1995, art. 36.160, p. 1109) est souvent cité comme permettant une atteinte à la réserve. Or, en l'espèce, il semble bien que les juges aient admis l'existence d'une permission implicite de léguer... (M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 1112, note infrapaginale 11).

⁴⁵ On notera, du reste, qu'ici le « grevé » a reçu des biens de la succession et non une indemnisation.

⁴⁶ M. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des donations entre vifs et des testaments. Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon*, Paris, Charles Hingray, t. II, 1855, p. 447, n° 827. Dans le même sens, C. LOUSBERG, « Les libéralités résiduelles : aspects civils », *op. cit.*, p. 123, n° 60.

⁴⁷ M. PUELINCKX-COENE, *op. cit.*, p. 205.

Philippe De Page⁴⁸ semble le considérer lorsqu'il indique qu'« en acceptant la libéralité, le «grevé» accepte aussi de ne pas léguer la part des biens donnés ou légués composant sa réserve ».

Il nous semble toutefois que la simple acceptation de la donation est insuffisante à cet égard dès lors que les règles relatives à la réserve héréditaire sont impératives et qu'il ne peut y être renoncé avant le décès. Le « grevé » peut le faire naturellement après le décès et, dans ce cas, ses propres héritiers ne pourraient se plaindre d'une atteinte qui aurait été portée à la réserve de leur auteur.

Notons toutefois que depuis le 1^{er} septembre 2018, le « grevé » peut accepter, du vivant du « donateur », de voir ses droits réservataires qualitativement amputés, dans le pacte successoral visé à l'article 918 C. civ.⁴⁹

Une autre solution est d'autoriser le « grevé » à disposer des biens donnés à titre gratuit, ce qui se fait parfois, avec une certaine dose de cynisme, lorsque le « grevé » est de toute façon dans l'incapacité, de droit ou de fait, de réaliser de tels actes à titre gratuit⁵⁰.

F. LES BIENS DONNÉS PEUVENT-ILS FAIRE L'OBJET D'UN APPORT À LA « COMMUNAUTÉ » CRÉÉE PAR LE « GREVÉ » ET SON CONJOINT ET D'UNE CLAUSE DE PARTAGE INÉGAL OU DE PRÉCIPUT ?

29. Il y a tout d'abord lieu de vérifier si l'acte de don n'empêche pas le « grevé » (et même l'« appelé ») d'apporter les biens donnés à toute communauté ou indivision matrimoniale.

Il en effet fréquent qu'un acte de don comporte pareille clause, laquelle est considérée valable, à tout le moins du vivant du donateur, dès lors qu'elle est limitée dans le temps et justifiée par un intérêt légitime⁵¹.

Si pareille clause n'est pas prévue, ou si le donateur est décédé, le « grevé » pourrait-il apporter les biens donnés à la communauté créée avec son conjoint et prévoir une clause de partage inégal de la communauté ou de préciput relativement aux biens donnés ?

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 89, n° 2.

⁴⁹ Voy. P. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 460 qui évoquait déjà cette possibilité, mais uniquement après le décès dès lors que pareille renonciation n'était, à l'époque, possible dans ce cadre qu'après le décès.

⁵⁰ C. LOUSBERG, « Les libéralités résiduelles : aspects civils », *op. cit.*, p. 123, n° 60.

⁵¹ Une clause d'interdiction d'apport à la communauté est une sorte de clause d'inaliénabilité, qui nous paraît valable car légitime, du vivant du donateur, si elle est couplée à une clause de retour conventionnel. Celui-ci serait en effet rendu plus ardu en cas d'apport à la communauté. Il ne paraît toutefois pas justifié de prévoir cette interdiction d'apport jusqu'au décès du « grevé » (ou de l'« appelé »). À ce sujet, voy. E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS DE OUDERAEN et F. TAINMONT, « Les donations », *Rép. Not.*, T. III, L. VII, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 179, n° 125. Dans le même sens, C. LOUSBERG, « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », *op. cit.*, p. 78.

La réponse à cette question nous semble directement liée à la nature – gratuite ou onéreuse – de l'opération.

Si le « grevé » n'a pas de descendants, l'insertion de pareilles clauses dans une convention matrimoniale ne suscite aucune difficulté. Ces clauses sont considérées comme onéreuses et le « grevé » garde la possibilité d'accomplir des actes à titre onéreux. Si le « grevé » décède avant son conjoint, celui-ci récupérera le bien apporté qui ne sera dès lors pas transmis à l'« appelé ». En revanche, si c'est le conjoint qui prédécède, et si le bien retourne dans le patrimoine du « grevé », il nous semble que ledit bien sera transmis, à son décès, à l'« appelé »⁵².

30. Qu'en est-il en présence de descendants du « grevé » ?

La clause d'apport, couplée à une clause de partage inégal ou à une clause de préciput a un « effet de libéralité » en présence de descendants communs, tandis qu'une simple clause, soit d'apport, soit de partage inégal, soit de préciput, présente, à elle seule, un caractère libéral en présence de descendants non communs.

Si le « grevé » a été autorisé à donner les biens grevés, les clauses d'apport et de partage inégal/de préciput ne posent pas de difficulté.

Qu'en est-il dans l'hypothèse où le « grevé » s'est vu interdire de disposer des biens donnés à titre gratuit ?

Il nous semble que les clauses qui ont un effet libéral ne sont pas autorisées.

Le fait que pareilles clauses (tantôt combinées, tantôt prises isolément) ne soient pas qualifiées en tant que telles de donations mais d'actes ayant un effet de libéralité ne change, selon nous, rien car c'est précisément l'effet de libéralité que le donateur entend éviter afin de rendre effective, dans toute la mesure du possible, la transmission des biens donnés, *in fine*, à l'« appelé ».

Il va toutefois de soi que la clause « *de residuo* » gagnerait à être précise sur ce point, ce qui est rarement le cas en pratique.

IV. PROPOSITION DE CLAUSE DE DONATION « *DE RESIDUO* »

D'excellentes clauses, parfois très détaillées⁵³, ont déjà été proposées par plusieurs auteurs⁵⁴.

⁵² *Contra* Ph. DE PAGE (*op. cit.*, p. 97, n° 8.1.) qui considère que, dans une telle hypothèse, le résidu est caduc.

⁵³ Voy., en particulier, la clause proposée par C. LOUSBERG, « L'inaliénabilité dans la libéralité résiduaire », *op. cit.*, p. 90 à 95.

⁵⁴ J. FONTEYN et M. VAN MOLLE, « Les personnes incapables ou vulnérables et l'administration de biens *post mortem* », in *Les écritures testamentaires. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis,

Celle qui suit, qui s'en inspire, constitue une autre proposition « basique », à adapter bien entendu en fonction des circonstances de l'espèce et des suggestions proposées dans le cadre de cette contribution.

Le « grevé » est appelé ici le « donataire principal », et l'« appelé », le donataire « *de residuo* ».

1. Au décès du donataire principal (éventuellement : si le donataire principal décède sans laisser de descendance en vie), le solde des biens donnés sera transmis au donataire « de residuo ».

Il s'agit d'une seconde donation consentie directement par le donateur au donataire « de residuo », et que le donataire « de residuo » accepte expressément.

Elle est toutefois subordonnée à l'absence d'exercice, par le donateur, du droit de retour conventionnel prévu à l'article... du présent acte.

2. Cette donation « de residuo » est consentie sous les mêmes conditions que celles prévues aux articles ... à ... du présent acte de donation, et également selon les modalités spécifiques suivantes :

a) Le principe de la subrogation réelle sera d'application. Dès lors, les biens qui seraient subrogés aux biens donnés seront soumis aux mêmes modalités comme si, dès l'origine, ils avaient fait partie des biens objets de la donation.

b) Les revenus des biens donnés (ou des biens subrogés) qui n'auraient pas été consommés au jour du décès du donataire principal reviendront également au donataire « de residuo » (variante : Les revenus des biens donnés (ou des biens subrogés) seront définitivement acquis au donataire principal qui pourra librement en disposer).

c) Le donataire principal conserve la possibilité de disposer à titre onéreux des biens donnés (ou qui y seraient subrogés), sans abuser de ce droit.

Il ne pourra en revanche en disposer à titre gratuit, ni par donation (en ce compris par institution contractuelle ou avantage matrimonial qui aurait, en tout ou en partie, un effet de libéralité), ni par testament⁵⁵.

2016, p. 131 ; Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 101, n° 11 ; B. DELAHAYE, G. OLIVIERS et G. ROLIN JACQUEMYNS, « Les successions et libéralités », in J. SOSSON (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, XVI^e colloque de l'Association Famille et Droit organisé le 18 novembre 2021 à Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Larcier, 2021 p. 683 et 684.

⁵⁵ Les parties pourraient aussi convenir que le donataire principal peut disposer des biens donnés par avantages matrimoniaux (apport, partage inégal ou préciput) même s'ils ont un effet de libéralités, ou est autorisé à donner ou léguer un usufruit temporaire ou viager à son conjoint ou son cohabitant légal pour autant que cet usufruit soit stipulé non convertible.

d) Le donataire principal est tenu de gérer les biens donnés (ou ceux qui y seraient subrogés) séparément de ses avoirs personnels, afin d'en assurer la traçabilité, c'est-à-dire afin de permettre de faire le lien entre d'une part, les biens présentement donnés et d'autre part, le résidu desdits biens (ou des biens subrogés) au jour de son décès.

Si les parties souhaitent renforcer l'efficacité de la traçabilité, il pourrait être prévu que le donataire principal devra établir, pour le 31 janvier de chaque année, un état des biens donnés à remettre à une personne de confiance nommé-ment désignée.

TAUX D'INTÉRÊT USURAIRE, VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC ET REFUS DE PRESTATION DE MINISTÈRE

Jean-François TAYMANS

1. Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 2 septembre 2022¹ confirme un jugement du tribunal de première instance qui prononce la nullité d'une convention de prêt constatée par acte notarié, pour violation de l'ordre public, en raison de la stipulation dans l'acte d'un taux d'intérêt de 120 %.

C'est l'occasion de rappeler les règles applicables à la fixation du taux d'intérêt en matière de contrat de prêt à intérêt (I), d'analyser l'application qu'en a fait la Cour d'appel dans l'espèce qui lui était soumise (II), et de réfléchir aux conséquences de ces règles du point de vue de l'obligation – ou du droit ? – du notaire de refuser de prêter son ministère lorsqu'il est requis de recevoir un acte de prêt contenant une stipulation susceptible d'être sanctionnée par les cours et tribunaux (III).

Plantons préalablement le décor : l'article 3 de l'acte reçu par le notaire le 24 juillet 2009, lequel portait sur le prêt d'un montant de 12 000 euros, prévoyait, sous le titre « taux d'intérêt », que « *l'emprunteur servira au prêteur une somme forfaitaire (intérêts, frais et commission) de vingt pour cent (20 %), calculé (sic) sur le montant de prêt, soit deux mille quatre cents euros (2 400 euros)* », ce montant devant être payé pour le 25 septembre 2009 au plus tard.

SECTION 1 : LA FIXATION DU TAUX D'INTÉRÊT DANS UN CONTRAT DE PRÊT À INTÉRÊT

2. L'article 1907, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil, toujours d'application, dispose que « *l'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas* ». Henri De Page² nous rappelle que cette libre détermination du taux de l'intérêt conventionnel date d'une loi du 5 mai 1865, qui a rétabli la règle du Code civil de 1804, abolie par une loi française de 1807 qui limitait, par voie de disposition impérative, le taux de l'intérêt à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale. L'illustre auteur observe que le rétablissement de cette libre détermination du taux de l'intérêt, qui ne constitue que le rétablissement, en la matière, de l'article 1134 du Code civil (« *les conventions légalement formées*

¹ Bruxelles (ch. 5F), 2 septembre 2022, *Rev. not. belge*, 2022, p. 654 et s.

² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1952, n° 157.

tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »), ne signifie pas que le législateur s'est complètement désintéressé de la protection due aux emprunteurs malheureux, ou victimes de prêteurs sans scrupules. Mais de quelle manière a-t-il réalisé cette protection ?

3. La solution retenue par le législateur, nous dit De Page³ est extrêmement nuancée. Le principe de la libre détermination du taux d'intérêt par les parties s'applique même s'il y a eu abus des faiblesses, des passions, des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur ; cet abus ne peut pas constituer à lui seul une cause d'invalidation de la convention. Mais le contrat de prêt reste sous l'empire des conditions de validité des conventions, telles qu'elles résultent du droit commun : règles relatives au consentement, mais aussi à l'objet et à la cause, laquelle est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public⁴. Et De Page, après avoir écrit que constitue l'usure contraire aux bonnes mœurs le fait de pratiquer, en raison des circonstances, des taux d'intérêt excessifs, ajoute : « Il est clair qu'un intérêt de 50 ou de 100 % doit être considéré, sans plus, comme illicite et, partant, usuraire, même dans un régime qui admet l'article 1134 du Code civil »⁵.

4. L'analyse se complique toutefois en raison de l'introduction dans le Code civil, par un arrêté royal du 18 mars 1935, d'un article 1907^{ter} dont le premier alinéa est ainsi libellé : « *Sans préjudice de l'application des dispositions protectrices des incapables ou relatives à la validité des conventions, si, abusant des besoins, des faiblesses, des passions ou de l'ignorance de l'emprunteur, le prêteur s'est fait promettre, pour lui-même ou pour autrui, un intérêt ou d'autres avantages excédant manifestement l'intérêt normal et la couverture des risques du prêt, le juge, sur la demande de l'emprunteur, réduit ses obligations au remboursement du capital prêté et au paiement de l'intérêt légal.* » On ne se fonde plus sur une cause d'annulation de droit commun ; le seul fait de l'abus de faiblesse, des passions des besoins ou de l'ignorance de l'emprunteur suffit, mais la sanction est tout autre : plus de nullité de la convention, mais réduction des obligations de l'emprunteur.

De Page⁶ voit dans cette disposition un cas de lésion⁷ et, tout en reconnaissant la difficulté de la justifier⁸, croit pouvoir distinguer trois situations :

– À la base, le principe de l'autonomie de la volonté (dans le prêt, l'article 1907, alinéa 1^{er}, du Code civil) ;

³ *Ibidem*, n° 158.

⁴ Ancien article 1133 du Code civil, aujourd'hui abrogé et remplacé par l'article 5.56, qui supprime le renvoi aux bonnes mœurs et se borne à stipuler que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public.

⁵ Ce passage de DE PAGE est textuellement reproduit, en note, dans l'arrêt du 2 septembre 2022.

⁶ DE PAGE, *op. cit.*, n° 158D.

⁷ La doctrine récente parle de lésion qualifiée (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 269 ; P. WÉRY, *Rép. not.*, t. IV, livre I, partie 1, « La théorie générale du contrat », n° 262 et n° 264).

⁸ Ce qui est en effet bien nécessaire, vu le régime très différent qu'elle introduit par rapport au droit commun auquel l'auteur s'est référé auparavant.

- À l'extrême opposé, l'usure contraire aux bonnes mœurs ou le vice de consentement proprement dit (dont la sanction est la nullité du contrat) ;
- Entre les deux, tous les cas intermédiaires, sains ou douteux selon les circonstances : c'est le domaine de l'article 1907ter, qui se fonde sur une altération du consentement mineure, mais suffisamment dangereuse pour justifier une dérogation à l'article 1134 du Code civil (dont la sanction est le rajustement du contrat, par la réduction des intérêts excessifs à l'intérêt légal).

5. Si l'on se réfère à l'actuel livre 5 « Les obligations » du Code civil, il apparaît que les règles susceptibles de s'appliquer au cas d'espèce qui était soumis à la Cour d'appel sont les suivantes :

a) Les conditions traditionnelles de validité des contrats sont confirmées (art. 5.27 C. civ.) :

- Le consentement libre et éclairé de chaque partie ;
- La capacité de chaque partie de contracter ;
- Un objet déterminable et licite ;
- Une cause licite.

b) Les vices de consentement sont l'erreur, le dol, la violence ou l'abus des circonstances, pour autant que le vice de consentement soit déterminant (leur sanction est la nullité de relative, sauf si la loi en dispose autrement – art. 5.33 C. civ.).

c) À mon avis, bien qu'on ne puisse exclure que, dans des circonstances particulières, le vice de consentement dont pourrait être affecté un contrat de prêt conclu moyennant un taux d'intérêt usuraire puisse être qualifié d'erreur, de dol ou de violence, c'est l'abus de circonstances qui paraît la figure juridique qui s'y appliquera le plus adéquatement dans la majorité des cas ; l'article 5.37 dispose qu'« il y a abus de circonstances lorsque, lors de la conclusion du contrat, il existe un déséquilibre manifeste entre les prestations par suite de l'abus par l'une des parties de circonstances liées à la position de faiblesse de l'autre partie ». Il s'agit de la lésion qualifiée, dont le législateur a voulu faire une figure juridique de portée générale⁹. On peut penser que cette disposition rendra inutile le maintien dans le Code civil de l'article 1907ter, lorsque les textes relatifs aux contrats spéciaux viendront à être recodifiés.

Quelle est la sanction de l'abus de circonstances ? Le second alinéa de l'article 5.37 répond :

- « Si l'abus est déterminant pour la conclusion du contrat, la partie faible pourra invoquer la nullité relative ;
- Dans le cas contraire, elle peut prétendre à l'adaptation de ses obligations ».

d) Qu'en est-il des autres conditions de validité du contrat évoquées en la matière par De Page, à savoir celles relatives à l'objet et à la cause du contrat ?

⁹ Exposé des motifs de la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1806/1, n° 45.

L'article 5.51 du Code civil stipule aujourd'hui à propos de l'objet du contrat que « *la prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives* ». De même, l'article 5.56 dispose que « *la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives* ».

L'article 1.3 du Code civil (introduit par la loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil), stipule qu'« *est d'ordre public la règle de droit qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose la société, telles que l'ordre économique, moral, social ou environnemental* ». Il s'agit de la transposition des termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1948 auquel se référerait le plus souvent la doctrine¹⁰, les mots « social ou environnemental » ayant été ajoutés après les mots « l'ordre économique ou moral ».

- e) La sanction ordinaire de la violation des conditions de validité du contrat est la nullité, ainsi que le stipule l'article 5.57 du Code civil, qui ajoute toutefois que le contrat reste valable dans les cas prévus par la loi (ce qui est précisément envisagé, en matière d'abus de circonstances, par l'article 5.37, *cf. supra sub c*) ou lorsqu'il résulte des circonstances que la nullité constituerait, eu égard au but de la règle violée, une sanction manifestement inappropriée.

La nullité est absolue lorsque la règle violée est d'ordre public « *ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde de l'intérêt général* », et relative lorsque la règle violée est impérative « *ayant ainsi pour objet principal la sauvegarde d'un intérêt privé* » (art. 5.58 C. civ.).

SECTION 2 : L'APPLICATION DES RÈGLES LÉGALES PAR L'ARRÊT DU 2 SEPTEMBRE 2022

6. Il résulte de l'arrêt que le débiteur a poursuivi la nullité absolue, pour violation de l'ordre public et des bonnes mœurs, de la convention de prêt faisant l'objet de l'acte notarié du 24 juillet 2009, demande à laquelle le premier juge avait fait droit. Le créancier a fait appel de cette décision pour des motifs de procédure qui ne nous intéressent pas ici, mais également en contestant la violation de l'ordre public et des bonnes mœurs, la convention étant selon lui « le fruit d'un accord mûri entre les parties » (*voy. sur ce point infra, sub 8 b*).

7. Le texte de l'arrêt fait apparaître que la Cour d'appel ne s'interroge pas sur l'application éventuelle de l'article 1907^{ter} de l'ancien Code civil, qui aurait maintenu la validité de la convention, tout en réduisant le montant de l'intérêt stipulé à un intérêt calculé au taux légal. La Cour considère comme certain

¹⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 216 ; P. WÉRY, *op. cit.*, n° 308.

« *qu'un prêt assorti d'un taux d'intérêt de 120 % l'an, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il a été consenti (c'est moi qui souligne), est, quant à son objet et sa cause, en soi contraire aux bonnes mœurs en ce qu'il heurte de façon flagrante l'ordre économique et moral de la société* »¹¹.

8. Sous réserve que nous ne connaissons pas exactement les moyens invoqués devant elle par les parties, on peut s'interroger quant au bien-fondé du choix fait par la Cour de prendre en considération non l'article 1907ter du Code civil, mais l'existence d'une violation de l'ordre public. Deux considérations peuvent être faites à cet égard :

- a) L'arrêt fait état d'un prêt assorti d'un taux d'intérêt de 120 % l'an. C'est mathématiquement exact, puisque l'obligation pour l'emprunteur de verser au prêteur une somme forfaitaire de 2 400 euros au moment du remboursement du principal (12 000 euros) équivaut bien à un intérêt de 120 % ($12\ 000 \times 120\ \% \times 2/12 = 2\ 400$). Mais la très courte durée du prêt (deux mois) limite considérablement le dommage résultant de ce taux manifestement excessif. Si l'emprunteur s'était engagé à servir un intérêt de 120 % pendant une durée de 3,5 ou 10 ans, le caractère abusif de la convention aurait incontestablement été plus évident.
- b) Le fait qu'un emprunteur consent à convenir d'un taux d'intérêt largement supérieur à celui du marché résulte normalement de l'urgence devant laquelle il se trouve de disposer du montant emprunté, cette urgence pouvant résulter soit du souci d'éviter un dommage considérable (une saisie par exemple), soit de l'espoir d'un gain important (on peut penser à l'opportunité de réaliser une bonne affaire dans le cadre d'une vente publique). Dans le cas soumis à la Cour d'appel, l'arrêt nous apprend que le prêt était consenti, ainsi qu'il résultait d'un écrit sous seing privé signé par les parties avant l'acte notarié, « *en raison des risques urgents invoqués par M.F. de se voir inscrit négativement auprès des institutions bancaires à la suite d'une période difficile sur le plan professionnel et alors qu'il attend l'octroi d'un prêt bancaire de 100 000 euros* ». Ceci n'empêche pas de constater que le prêteur, en exigeant l'intérêt convenu, a abusé des besoins de l'emprunteur, mais faut-il considérer pour autant que, dans ces circonstances, la convention heurtait de manière flagrante l'ordre économique et moral de la société¹² ?

9. On peut donc se demander si la Cour, en sanctionnant la convention de prêt par la nullité absolue en raison d'une violation de l'ordre public, ne s'est pas arrêtée de manière trop exclusive à un élément quantitatif, le taux de l'intérêt convenu, alors qu'il aurait été possible de procéder à une adaptation du

¹¹ Comme indiqué *supra*, note 4, à l'appui de cette considération, la Cour se réfère à l'enseignement de DE PAGE, *op.cit.*, n°158 d).

¹² J'observe que DE PAGE, à la suite de sa considération rappelée ci-dessus (voy. *supra* au texte, n° 7 *in fine*), poursuit dans les termes suivants : « Mais en revanche, le seul fait d'un intérêt dépassant, même sensiblement, l'intérêt légal, ou le seul fait de l'abus des faiblesses, passions, etc., de l'emprunteur, ne suffiront pas ».

contrat, en réduisant le taux de l'intérêt à celui de l'intérêt légal, par application de l'article 1907^{ter} de l'ancien Code civil. En toute hypothèse, il me paraît que se trouve ici illustrée la difficulté de définir l'ordre public, « *notion aussi vague que fondamentale, qui se sent bien plus qu'elle ne se définit* »¹³.

SECTION 3 : LE REFUS DE PRESTATION DU MINISTÈRE NOTARIAL

10. L'article 3 de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat (dite « loi de Ventôse »), dont le texte est inchangé depuis l'origine, stipule que « [Les notaires] *sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis* ». Cette disposition fondamentale du statut notarial résulte de la fonction assignée par la loi au notaire, celle d'assurer le service public de l'authenticité, et du monopole dont les notaires jouissent à cet égard lorsqu'il s'agit d'acter les conventions des parties¹⁴.

11. L'article 3 du Code de déontologie des notaires¹⁵ rappelle le principe, puis le complète par diverses exceptions :

« Le notaire prête son ministère chaque fois qu'il en est requis.

Il doit le refuser dans les cas suivants :

1° Lorsque l'acte qu'il est requis de recevoir contient des dispositions contraires à une loi d'ordre public ou susceptible d'induire les tiers en erreur ;

2° Lorsque les parties à l'acte agissent en fraude des droits des tiers ou de l'autorité ;

3° Lorsque'il est incompetent pour un des motifs énumérés par la loi organique du notariat ;

4° Lorsque'il ne pourrait recevoir l'acte sans contrevenir aux obligations qui lui incombent en vertu de la loi ou du présent Code de déontologie.

Pour le surplus, il ne peut le refuser que lorsque les parties le requièrent d'authentifier :

1° soit une convention dans une matière étrangère à la compétence juridique qui peut normalement être attendue de tout notaire ;

2° soit des déclarations ou des constatations qui ne ressortent pas du ministère notarial. »

Dans sa rédaction initiale, le texte stipulait après le premier alinéa : « *Il ne peut le refuser que dans les cas suivants [...]* ». L'assemblée générale de la Chambre nationale du 22 juin 2017 a adopté le texte ci-dessus reproduit dans le cadre d'un remaniement du Code de déontologie, qui a été approuvé par arrêté royal du 21 décembre 2018. Pour ce qui nous intéresse ici, les modifications apportées à l'article 3 sont doubles :

¹³ H. DE PAGE, *Traité*, t. I, 3^e éd., n° 91.

¹⁴ H. CASMAN, *Précis du notariat*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 122.

¹⁵ Le Code de déontologie, adopté par la Chambre nationale des notaires le 22 juin 2004 et approuvé par arrêté royal du 21 septembre 2005, a été adapté à diverses reprises.

- a) les mots « ne peut le refuser que dans les cas suivants » sont remplacés par les mots « doit le refuser dans les cas suivants ». Il est donc établi sans plus d'ambiguïté qu'il ne s'agit pas pour le notaire d'une faculté, mais d'une obligation¹⁶ ;
- b) deux hypothèses ne sont plus soumises à la liste des cas où le notaire doit refuser son ministère, pour constituer des cas où il peut le refuser.

12. L'application de ces dispositions légales et déontologiques au cas examiné par la Cour d'appel de Bruxelles me paraît appeler les considérations suivantes :

- a) Si la convention de prêt faisant l'objet de l'acte du 24 juillet 2009 devait être considérée comme contraire à l'ordre public, ainsi que la Cour en a décidé, le notaire aurait dû refuser de l'authentifier, sous peine de contrevenir à l'article 3 de son Code de déontologie.

Il ne me paraît pourtant pas du tout certain que le notaire ait commis une faute en acceptant de recevoir l'acte. Comme j'ai essayé de le faire apparaître (*supra*, *sub* 8 et 9), l'existence d'une violation de l'ordre public par la convention que le notaire était requis d'acter n'a rien d'évident : la très courte durée du prêt limite considérablement la portée du taux d'intérêt stipulé, en soi évidemment excessif ; et la raison pour laquelle l'emprunteur avait accepté ce taux (la crainte de se voir refuser un prêt bancaire en étant inscrit négativement auprès des institutions bancaires), même si elle n'exclut pas dans le chef du prêteur l'abus des besoins et de la faiblesse de son contractant visé par l'article 1907ter de l'Ancien Code civil, pouvait également faire douter le notaire qu'on se trouvait devant une convention constituant quelque chose d'aussi grave qu'une violation de l'ordre économique et moral de la société.

Dans ce contexte, les obligations du notaire me paraissent autres que le refus de prêt de ministère : elles consistaient à exercer son devoir légal (art. 1^{er}, al. 3, de la loi de Ventôse) et déontologique (art. 11 du Code de déontologie) de conseiller les parties, en s'assurant d'une part auprès du débiteur qu'il était bien conscient de la lourdeur de son engagement et qu'il avait bien pesé le risque réel auquel il entendait échapper en le contractant, et d'autre part auprès du créancier qu'il connaissait quant à lui le risque de voir un juge réduire le taux de l'intérêt convenu, en application de l'article 1907ter.

- b) On en arrive dès lors à une nouvelle question : si le notaire n'avait pas l'obligation de refuser son ministère, avait-il du moins la faculté de le refuser ?

Cette distinction entre l'obligation et la faculté est prise en compte dans le texte actuel de l'article 3 du Code de déontologie puisque, après avoir énuméré les quatre cas de refus obligatoire, il définit deux cas dans lesquels le refus n'est qu'une faculté : celui d'une convention étrangère à la compétence juridique qui peut normalement être attendue de tout notaire, et celui où il est

¹⁶ Telle était bien l'intention des auteurs du texte initial (J.-F. TAYMANS, « Deux questions à propos du Code de déontologie des notaires », in *Liber amicorum André Michielsens*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015, p. 585. Le texte actuel lève toute ambiguïté à cet égard.

requis d'acter des déclarations ou des constatations qui ne sont pas du ressort notarial. La convention de prêt faisant l'objet de l'acte du 20 juillet 2009 ne rentre manifestement dans aucune de ces dernières hypothèses. Mais n'existe-t-il pas d'autres cas dans lesquels le notaire serait autorisé à refuser son ministère ? Dans un ouvrage écrit avant l'adoption du texte actuel de l'article 3 du Code de déontologie¹⁷, Hélène Casman émet deux considérations :

- Elle s'oppose à une interprétation du Code de déontologie selon laquelle les circonstances dans lesquelles le notaire peut refuser son ministère peuvent être énumérées de manière limitative ;
- Elle rappelle la distinction entre l'obligation de refuser son ministère et la faculté de le refuser ; et parmi les cas de refus facultatif, elle cite celui d'un acte contraire à une disposition impérative (mais non d'ordre public) ou d'un acte contraire à la conscience professionnelle ou morale du notaire.

Ce n'est pas le lieu de discuter ici d'une manière générale de ces deux considérations¹⁸. Je rappelle simplement, en ce qui concerne le caractère limitatif des exceptions à l'obligation pour le notaire de prêter son ministère lorsqu'il en est requis – le texte de l'article 3, tel qu'il est écrit, ne me paraît pas susceptible d'une autre interprétation¹⁹ –, la raison pour laquelle il me paraît justifié : si cette règle résulte du (quasi-)monopole confié au notaire par le législateur pour l'authentification des actes conclus entre les parties²⁰, il faut que ce service soit rendu sans qu'il soit permis aux détenteurs de ce monopole de s'y dérober pour des motifs soumis à leur seule appréciation (« J'estime qu'il y a lieu de protéger les parties contre elles-mêmes », « Je ne veux pas être suspecté, compte tenu de mes relations avec une des parties, d'avoir été partial », « J'estime que, malgré mes explications, les parties ne sont pas capables de comprendre la portée de leurs engagements », « J'estime qu'il est moralement inacceptable que les parties profitent des lacunes de la loi »). Le caractère nécessairement arbitraire de ces appréciations me paraît inconciliable avec le statut du notaire. Dès lors qu'il a donné aux parties toutes les informations et tous les avertissements que lui impose son devoir de conseil, il doit, hors les exceptions prévues à l'article 3, recevoir l'acte s'il en est requis par les parties.

CONCLUSIONS

13. Les quelques réflexions qui précèdent me paraissent conduire aux conclusions suivantes :

¹⁷ H. CASMAN, *Précis du notariat*, *op. cit.*, p. 122-132.

¹⁸ Je l'ai fait pour ma part, toujours avant l'adoption du texte actuel de l'article 3 du Code de déontologie (J.-F. TAYMANS, « Deux questions... », *op. cit.*, p. 586-591).

¹⁹ Ce que confirme, depuis sa modification en 2017, la rédaction de cet article 3 : « Pour le surplus, il ne peut le [= prêter son ministère] refuser que lorsque les parties le requièrent d'authentifier, etc. »

²⁰ Sur cette question, voy. J.-F. TAYMANS, « Le monopole notarial ou le service public de l'authentification », in *Les monopoles professionnels* (coll.), Limal, Anthemis, 2010, p. 111 et s.

- a) Si le droit des obligations permet bien entendu toujours d'annuler une convention dont l'objet serait illicite, parce que créant une situation contraire à l'ordre public, la sanction la plus adéquate de la stipulation dans un contrat de prêt d'un taux d'intérêt usuraire²¹ consiste à se demander si cette stipulation n'est pas affectée d'un vice de consentement, en l'occurrence l'abus de circonstances défini à l'article 5.37 du Code civil, et dans l'affirmative, la frapper d'une nullité relative si l'abus peut être considéré comme déterminant pour la conclusion du contrat, ou adapter les obligations de l'emprunteur dans le cas contraire ;
- b) Requis d'acter une convention stipulant un taux d'intérêt qui lui paraît anormal, le notaire exercera son devoir de conseil, consistant en l'occurrence à attirer l'attention :
- de l'emprunteur, sur ce caractère anormal, en s'assurant d'une part qu'il est suffisamment informé des conditions du marché et des alternatives qui s'offrent à lui, et d'autre part que sa volonté de contracter n'est obérée ni par la pression de son cocontractant ni par la passion (crainte irraisonnée d'un dommage, désir incontrôlé d'un profit) ;
 - du prêteur, en lui expliquant le risque qu'il prend (soit la nullité du contrat, soit l'adaptation du taux d'intérêt par le juge), en maintenant le taux d'intérêt envisagé.

Si les deux parties persistent dans leur volonté de contracter dans les conditions initialement prévues, le notaire est tenu de recevoir l'acte authentifiant leur convention.

²¹ Bien entendu, hors la situation où il s'agirait d'un délit dans le chef du prêteur, voy. l'article 494 du Code pénal, qui punit « celui qui, abusant habituellement des faiblesses ou des passions de l'emprunteur », se fait promettre un intérêt ou d'autres avantages excédant l'intérêt légal.

ONTERVENDE ERFREGELING EN AANVERWANTE CONSTRUCTIES

Karel VANBEYLEN

Over de concrete notariële afhandeling van een nalatenschap met een onterfde reservataire erfgenaam heeft het CSW reeds uitvoerig gedebatteerd¹; de desbetreffende conclusies zijn nuttig, praktisch uitgewerkt, en dienen als leidraad.

In de marge daarvan volgen hierna enkele casussen, getoetst aan het huidige erfrecht, aan rechtsleer en aan recente rechtspraak, onder meer gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Notarissen*.

CASUS 1: KEUZELEDING EN TESTAMENT

Vader en moeder zijn gehuwd onder het wettelijk stelsel met een keuzebeding; er is een zoon en een dochter; omwille van een grote fiscale schuld klopt de zoon bij zijn ouders aan om hem een bankgift te geven van 100.000,00 euro, teneinde deze fiscale schuld te kunnen betalen; de ouders gaan daarop in, en geven hem deze bankgift in volle eigendom op 20 december 2004.

De vader sterft op 5 januari 2020; er zijn geen eigen goederen; er is geen testament van de vader. De langstlevende echtgenote, op dat moment 90 jaar oud, maakt gebruik van het keuzebeding en kiest voor de toebedeling van het gemeenschappelijk vermogen.

Vervolgens slaagt de dochter erin, omwille van aan de zoon gedane bankgift, haar moeder te overtuigen een testament op te maken; zij legateert haar volledige nalatenschap aan haar dochter, die zij aanstelt als enige algemene legataris.

Bij het overlijden van de langstlevende echtgenote op 2 januari 2023 worden geen noemenswaardige activa achtergelaten; de kosten van het rusthuis waren immers hoog.

ANTWOORD

1. De bankgift aan de zoon wordt vermoed bij voorschot gedaan te zijn aan de zoon²; de inbreng geschiedt in waarde³; deze bankgift wordt vanaf de datum van de schenking van rechtswege geïndexeerd met de index der consumptieprijzen⁴.

¹ CSW-dossiernrs. 4452, 4452bis, 4452ter.

² Art. 4.83, § 1 BW.

³ Art. 4.89 BW.

⁴ Art. 4.90, § 2 BW.

Ingevolge het cassatiearrest 7 december 2020 en ingevolge de uitoefening van het keuzebeding wordt de bankgift niet verrekend in de nalatenschap van de vader⁵, met als gevolg dat de erfenis van de gemeenschapsgoederen uitsluitend worden geregeld via de moeder, en niet deels via de vader⁶. Met andere woorden de moeder bepaalt de erfenisregeling van de vader.

Bovendien ontvangt de dochter de volledige nalatenschap en dient de zoon de som van 100.000 euro, plus indexatie vanaf december 2004, in te brengen uitsluitend in de nalatenschap van de moeder, waarvan de zoon enkel het reservatair deel kan behouden.

Dat bij de samenstelling van de rekenboedel, de indexatie een heel belangrijke impact heeft op de in te brengen som, is een zekerheid⁷.

Concreet is de berekening als volgt:

100.000 euro x 156,48 (index jan. 2023) : 100,55 (index dec. 2004) = 155.624,07 euro, volledig in te brengen door de broer; bij de verdeling van de nalatenschap van de moeder zal de broer aan zijn zus $\frac{3}{4}$ moeten terugbetalen, of 116.718,05 euro.

Hier ligt de bezorgdheid bij de zus als algemene legataris omtrent de uitvoering van haar vordering lastens de broer. Daarnaast bepaalt artikel 4.91 BW dat de in te brengen waarde van rechtswege intrest opbrengt aan de wettelijke rentevoet vanaf de dag van overlijden.

We vermelden tevens dat de dochter, die algemene legataris is en reservatair erfgenaam, geen afgifte van haar algemeen legaat dient te vragen⁸.

2. Hoe een erfregeling via de vader dan toch mogelijk maken?

Om toch een gedeeltelijke vererving van de bankgift van de vader mogelijk te maken, wat wellicht zijn wens was geweest (de vader had immers geen testament gemaakt), kan het keuzebeding gemoduleerd worden⁹.

In die zin kan volgende clausule in het keuzebeding geadviseerd worden:

“Het keuzebeding heeft enkel betrekking op de gemeenschap, zoals die zal samengesteld zijn op het ogenblik van de ontbinding van het stelsel door overlijden. Dit keuzebeding heeft geen betrekking op de schenkingen bij voorschot of

⁵ Cass. 7 december 2020, *T.Not.* 2021, afl. 1, p. 55-57.

⁶ J. VERSTRAETE, “Schenking van gemeenschapsgoederen en erfrechtelijke verrekking. Cassatie heeft standpunt ingenomen”, *T.Not.* 2021, afl. 1, p. 57-63; P. DE PAGE, “Un regard complémentaire, sans ou avec doute?”, *T.Not.* 2021, afl. 1, p. 63-66; CSW-dossiernrs. 4415-4415bis, Verslagen Comité voor Studie en Wetgeving FEDNOT, Larcier, Intersentia, 2021/2, p. 31-59.

⁷ D. LEIRE, “Indexering van schenkingen voor inbreng in tijden van hoge inflatie”, *T.Not.* 2023, afl. 1, p. 5-17.

⁸ CSW- dossiernrs. 4452, 4452bis, 4452ter.

⁹ J. VERSTRAETE, “Schenking van gemeenschapsgoederen en erfrechtelijke verrekking. Cassatie heeft standpunt ingenomen”, *T.Not.* 2021, afl. 1, p. 57-63.

*buiten deel, zowel van roerende als van onroerende goederen, gedaan tijdens het leven door de heer ** en/of mevrouw **.*”

De concrete berekening is dan als volgt:

Voor wat de nalatenschap van de vader betreft, dient de zoon de helft van de bankgift, verhoogd met de index, in te brengen:

50.000 euro x 134,26 (index jan. 2020) : 100,55 (index dec. 2004) = 66.762,80 euro.

We gaan ervan uit dat de langstlevende echtgenote geen inbreng vordert¹⁰.

Bij de verdeling van deze nalatenschap ontvangt zijn zus dan: 66.762,80 : 2 = 33.381,40 euro.

Voor wat de nalatenschap van de moeder betreft, dient de zoon de helft van de bankgift, verhoogd met de index, in te brengen:

50.000 euro x 156,48 (index jan. 2023) : 100,55 (index dec. 2004) = 77.812,03 euro.

Bij de verdeling van deze nalatenschap komt aan zijn zus $\frac{3}{4}$ of 58.359,02 euro toe.

Totaal te ontvangen: 33.381,40 + 58.359,02 = 91.740,42 euro.

3. In plaats van een bankgift zouden de ouders ook kunnen beslissen dat zij een (renteloze) lening toestaan aan hun zoon, terug te betalen bij overlijden van de langstlevende ouder; in dit geval wordt het bedrag van de lening, niet van rechtswege geïndexeerd, zoals bepaald in artikel 4.94 BW¹¹. Dit kan een nuttig alternatief zijn. In geval van een renteloze lening lopen er vanaf het overlijden wel interesten van rechtswege, gelijk aan de wettelijke rentevoet¹².

CASUS 2: DE VERWERPING

Vader en moeder zijn gehuwd, onder het wettelijk stelsel met keuzebeding; er zijn 4 kinderen, één zoon en drie dochters; de vader sterft; de langstlevende echtgenote bekomt het gemeenschappelijk vermogen volledig ingevolge het uitoefenen van het keuzebeding.

De zoon, niet gehuwd, zonder kinderen, woont bij zijn moeder; hij heeft de intentie om in het ouderlijk huis te blijven wonen. De zoon overtuigt zijn moeder hem een schenking te doen bij voorschot met voorbehoud van vruchtgebruik; ingevolge artikel 4.90, § 3 BW wordt de waarde van dit onroerend goed bepaald op de dag van het opvallen van de nalatenschap; dus blijft de gelijkheid in prin-

¹⁰ Het betreft hier het oude art. 858*bis* oud BW; E. VYNCKE, “Inbreng en de langstlevende echtgeno(o)t(e), *the sequel*: hoe het oud artikel 858*bis* oud BW smelt in het hervormde recht”, *T.Not.* 2021, afl. 2, 99-118; voor wat betreft het erfrechtelijke vruchtgebruik ingevolge het nieuwe erfrecht: C. DE WULF, “De toepassing in de notariële praktijk van het erfrechtelijke vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot – onduidelijke en onredelijke complexe wetbepalingen”, *T.Not.* 2021, afl. 5, p. 401-432.

¹¹ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 286-305.

¹² Art. 4.97 BW.

cipe tussen de vier kinderen behouden; op grond daarvan vindt de langstlevende echtgenote deze schenking een goeie en eerlijke regeling.

De moeder sterft en laat na bankactiva ter waarde van 500.000 euro; het geschonken woonhuis aan de zoon heeft een waarde op datum van overlijden van 500.000 euro; er zijn geen andere belangrijke activa. De totale nalatenschap bedraagt aldus 1.000.000 euro.

Ingevolge de schenking is de verstandhouding tussen de broer en zijn 3 zussen vertroebeld; de erfenisregeling escaleert. De zoon, die geen afstammelingen nalaat, wordt bovendien geadviseerd door zijn raadsman om de nalatenschap van zijn moeder te verwerpen.

ANTWOORD

1. Door de verwerping van nalatenschap door de zoon wordt zijn schenking bij voorschot omgezet naar een schenking buiten deel. Voorwaarde is wel dat de zoon geen afstammelingen nalaat¹³. Concreet erven de 3 zussen in onverdeeldheid elk 1/3 van de bankactiva met een waarde van 500.000 euro, hetzij elk 166.666,66 euro. De zoon behoudt het geschonken eigendom ter waarde van 500.000 euro.

Zijn er bij de zoon wel afstammelingen, dan is artikel 4.86, § 1 BW van toepassing, en is er wel inbreng verschuldigd, tenzij deze van inbreng vrijgesteld zijn. Maar zijn afstammelingen zouden op hun beurt ook kunnen verwerpen¹⁴.

Merkwaardig is dat de zoon de erfenis van zijn moeder kan manipuleren; de door de moeder, en door de wet, gewilde gelijkheid wordt eenzijdig doorbroken.

Een verwerping zal wellicht tot een onnodige familiale discussie leiden; het evenwicht wordt volledig verstoord, met vermoedelijk een gerechtelijke vereffening-verdeling als gevolg¹⁵.

2. Waren er mogelijkheden om de eventuele verwerping te voorkomen? Het antwoord is affirmatief:

¹³ Art. 4.86, § 2 BW; B. VAN DEN BERGH, “Niets is wat het lijkt: over de verwerping van de nalatenschap en het behoud van bepaalde rechten en plichten door de verwerper”, *T.Not.* 2021, afl. 5, p. 453, nr. 28; R. BARBAIX, “De inbreng en de inkorting in het nieuwe erfrecht”, *Rechtskroniek voor het Notariaat* 2017-18, deel 31, p. 61, nr. 34.

¹⁴ Art. 4.86, § 2 BW.

¹⁵ B. VAN DEN BERGH, “Niets is wat het lijkt: over de verwerping van de nalatenschap en het behoud van bepaalde rechten en plichten van de verwerper”, *T.Not.* 2021, afl. 5, p. 453, voetnoot nr. 108; ook interessant om te lezen: C. MAES, “De deontologische verantwoordelijkheid van de notaris in het kader van de feitelijke omzeiling van de reservebescherming: quo vadis?”, *Notarieel Fiscaal maandblad* 2022/1, p. 2-13.

- Het is nuttig bij de ouders erop aan te dringen dat zij tijdens hun huwelijk hun kinderen zoveel mogelijk gelijk behandelen op hetzelfde moment en op een definitieve wijze; een erfvereenkomst is daarvoor het uitstekende instrument. Een schenking aan de zoon van het onroerende goed onder last van uitkering aan zijn 3 zussen van $\frac{3}{4}$ van de waarde van het onroerend goed, in combinatie met een punctuele erfvereenkomst omtrent de waarde van het onroerend goed, zou zeker een sluitend alternatief zijn geweest¹⁶.
- Een andere oplossing is een beding in de akte, dat de schenking is gedaan onder ontbindende voorwaarde, ingeval de begiftigde, en in voortkomend geval zijn afstammelingen, de nalatenschap bij overlijden van de schenker zou verwerpen¹⁷. We zullen wel aandacht moeten hebben voor de betekenis van het nieuwe artikel 5.147, eerste lid BW: de vervulling van de voorwaarde krijgt uitwerking van rechtswege en voor de toekomst. Artikel 5147 BW verwijst naar artikelen 5.115 tot 5.122 BW.

3. Ook een belangrijk aandachtspunt is het moment van al dan niet aanvaarding van de nalatenschap; de betrokken notaris heeft er alle belang bij dat de erfgenamen uitdrukkelijk (dus schriftelijk) de nalatenschap aanvaarden; eenzijdig een attest van devolutie ondertekenen zonder schriftelijk akkoord van aanvaarding van de nalatenschap door de erfgenamen, is niet aan te bevelen¹⁸.

CASUS 3: TWEEDE HUWELIJK

Uit het eerste huwelijk tussen A en B zijn 2 kinderen geboren. De ouders A en B zijn thans gescheiden; de man B heeft de onverdeelde woning overgenomen.

B hertrouwt met C en brengt de desbetreffende woning in in de huwgemeenschap met C, gecombineerd met een keuzebeding; C heeft ook 2 kinderen uit een vorige relatie.

B sterft en C (85 jaar) oefent het keuzebeding uit waarbij de volledige gemeenschap in volle eigendom aan haar toekomt, waaronder voormelde gezinswoning; er zijn bijna geen bankactiva.

De waarde van de gezinswoning bedraagt 300.000 euro.

¹⁶ CSW- dossiernr. 6400; J. BAEL, *Familiaal vermogensrecht: een kwestie van gezond verstand? Tien stellingen uit het erfrecht en giftenrecht*, KnopsBooks.com, p. 165-175; J. BAEL, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 41, november 2022, p. 117-119, nr. 192-195.

¹⁷ F. BUYSENS en J. VERSTRAETE, *Notarieel familie - en familiaal vermogensrecht m.i.v. clinics*, deel 1, Acco, 2018-2019, p. 189.

¹⁸ C. DE WULF, “Inleiding tot het nieuwe goederenrecht”, *T.Not.* 2020, afl. 9, p. 701-702, nr. 19; B. VERHEYEN, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek”, *T.Not.* 2021, afl. 12, p. 1060, nr. 18.

De 2 kinderen van B hebben een inkortingsvordering op de nalatenschap ten belope van 150.000 euro, te verminderen met de waarde van het vruchtgebruik (6,64 %), hetzij netto te betalen 140.040 euro; de langstlevende echtgenote C stelt deze vordering niet te kunnen betalen, en ingeval haar woning zou worden verkocht, dat zij op straat zou komen te staan.

ANTWOORD

1. In het kader van onze notariële adviesverlening is het (meestal) niet aan te raden om een onroerend goed in te brengen in de gemeenschap gecombineerd met een keuzebeding bij een tweede relatie. Op het eerste gezicht is de langstlevende, omwille van woonzekerheid, geneigd de gezinswoning voor 100 % naar zich toe te trekken op grond van het keuzebeding. Maar eenmaal dat het bedrag van de inkortingsvordering van de 2 kinderen uit het eerste huwelijk gekend is, is er voor de langstlevende echtgenote C een groot probleem. Zij zal, in geval van weinig financiële middelen, de vordering niet kunnen voldoen; wat als de twee kinderen uit het eerste huwelijk erin slagen beslag te leggen op het huis, om realisatie van hun schuldvordering te bekomen?

Vandaar de oproep om bij een tweede huwelijk het keuzebeding niet in de huwelijksvereenkomst in te lassen, of minstens de keuzemogelijkheden te beperken. Ingeval er geen keuzebeding is, bekomt C, bij overlijden van B, de helft vruchtgebruik van de gezinswoning en de andere helft in volle eigendom. De 2 kinderen van B ervan elk $\frac{1}{4}$ blote eigendom van het woonhuis; daar het over de gezinswoning gaat, is C levenslang beschermd door het vruchtgebruik; omzetting van het vruchtgebruik betreffende de gezinswoning op verzoek van de twee kinderen van A is niet mogelijk.

2. Zou in deze casus de langstlevende echtgenote zich kunnen beroepen op artikel 4.150, tweede lid BW, dat bepaalt dat de inkorting in natura kan worden opgedrongen op vraag van de begiftigde? We zijn van mening dat het antwoord daarop positief is. In geval van een langstlevende echtgenote, is de reserve van de kinderen een reserve in blote eigendom. De langstlevende echtgenote zou aldus kunnen voorstellen om haar onverdeelde helft blote eigendom, met voorbehoud van vruchtgebruik, in natura af te staan aan de twee kinderen uit het eerste huwelijk, wat deze twee kinderen niet zouden kunnen weigeren. Zo ontsnapt de langstlevende echtgenote aan de problemen van beslag en verkoop van haar woning.

CASUS 4: FEITELIJK SAMENWONENDEN

De weduwe heeft minder of geen contact meer met haar 2 zonen.

Een goede verstandhouding met een partner leidt tot een eigenhandig testament van de weduwe, waarbij aan hem alles wordt gelegateerd, waaronder het enige onroerend goed, een appartement met een kadastraal inkomen van 1.565 euro; er zijn geen andere noemenswaardige activa.

De weduwe overlijdt; de feitelijk samenwonende partner (87 jaar, niet begoed) is in de mening dat het appartement voor 100 % voor hem is en dat hij zich geen zorgen hoeft te maken.

ANTWOORD

1. Met grote zekerheid kan worden gesteld dat de partner niet in het appartement zal kunnen blijven wonen.

Vooreerst kunnen we veronderstellen dat de ondertekening van de notariële akte van legaatsoverdracht door de twee zonen aan de algemene legataris bij toepassing van artikel 4.194, § 1 BW, waaronder het appartement, niet spontaan zal gebeuren.

Op grond van artikel 4.150, vierde lid BW kunnen de twee zonen een vordering tot inkorting in natura van de helft volle eigendom instellen, met als gevolg geen woonzekerheid voor de partner.

Daarnaast:

- kan artikel 4.150, tweede lid BW door de feitelijk samenwonende partner niet ingeroepen worden; hij kan de twee zonen de naakte eigendom van het woonhuis niet opdringen;
- zullen ten gevolge van de onverdeeldheid, door de inkorting in natura, en de onmogelijkheid tot verdeling in natura, de twee zonen wellicht de gerechtelijke openbare verkoop vorderen van het appartement¹⁹; de feitelijk samenwonende partner heeft geen wettelijk overnamerecht; rest de partner nog alleen het appartement zelf aan te kopen in de gerechtelijke openbare verkoop;
- zou bovendien de gerechtelijke openbare verkoop kunnen worden geconterd door één van de twee zonen, die de toepassing verzoekt van de erfregeling van de kleine nalatenschappen, bij toepassing van artikelen 4.106. tot en met 4.113 BW.²⁰; dit recht komt in iedere geval niet toe aan een feitelijk samenwonend partner²¹.

¹⁹ B. VAN DEN BERGH, “Onverdeelde goederen in de procedure van gerechtelijke verdeling: verdelen of verkopen, that’s the question”, *T.Not.* 2022, afl. 7-8, p. 655-678.

²⁰ J. BAEL, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, november 2022, p. 83, nr. 93-94,

²¹ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 524, nrs. 794-795.

1.2. Wat indien de weduwe de naakte eigendom van het appartement met voorbehoud van vruchtgebruik zou schenken aan haar partner?

In deze situatie zit de partner in een comfortabeler positie; het voorwerp is hier een “schenking”; dan is er enkel inkorting in waarde bij toepassing van artikel 4.150, eerste lid BW; artikel 4.150, vierde lid BW betreft enkel inkorting “in natura”, in geval van “een legaat” aan een niet-erfgenaam.

De vraag blijft of de partner de middelen heeft om, in geval van een schenking, de waarde van de helft van het appartement uit te keren?

2. Zou een legaat van het vruchtgebruik van het appartement hier een betere oplossing geweest zijn?

Dit is zeker; artikel 4.150, derde lid BW komt ter hulp; dan is er enkel inkorting in waarde. Concreet hebben de twee zonen recht op de helft van de waarde van het vruchtgebruik, ingeval er recht op inkorting is²². Om de feitelijk samenwonende partner de middelen te geven om de helft van de waarde van het vruchtgebruik uit te betalen, zou een testament kunnen worden opgesteld als volgt: het levenslang vruchtgebruik van het appartement en de helft volle eigendom van de bankactiva, waarbij wordt bedongen dat bij eventuele inkorting eerst de bankactiva moeten worden ingekort.

In de hypothese van een legaat van het vruchtgebruik kunnen de twee zonen eisen dat een staat van het appartement wordt opgemaakt, bij toepassing van artikel 4.21 BW. Ook artikel 3.150 BW inzake het goederenrecht bepaalt dat er een beschrijving van de goederen “moet” worden opgemaakt; en zolang dergelijke beschrijving niet is opgemaakt, kan de reservataire erfgenaam de afgifte van het goed aan de vruchtgebruiker opschorten, tenzij de vruchtgebruiker van rechtswege in het bezit treedt van de goederen²³. In het concrete geval is er geen bezit van rechtswege.

Zowel de feitelijk samenwonende partner als de twee zonen kunnen zich niet beroepen op het wettelijk recht van omzetting van het vruchtgebruik conform artikel 4.61. BW; bij een vruchtgebruik verkregen door een feitelijk samenwonende partner is de wetgeving inzake omzetting van het vruchtgebruik, immers niet van toepassing²⁴. Ook artikel 3.161. BW, dat voorziet in een algemeen omzettingsrecht, geldt enkel voor een “wettelijk” vruchtgebruik, en kan dus niet toegepast worden²⁵. Het stipuleren in het testament dat het vruchtgebruik van de

²² C. DE WULF, “De reparatiewet van 22 juli 2018 met betrekking tot het erf-en giftenrecht. Aanvullingen bij het handboek “De erfwet van 31 juli 2017 – Een Algemeen overzicht met modellen voor de praktijk”, *T.Not.* 2018, afl. 12, p. 953, nr. 38.

²³ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 610-611, nr. 943; C. DE WULF, “Inleiding tot het nieuwe goederenrecht”, *T.Not.* 2020, afl. 9, p. 753, nr. 117.

²⁴ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 577, voetnoot 9.

²⁵ C. DE WULF, “Inleiding tot het nieuwe goederenrecht”, *T.Not.* 2020, afl. 9, p. 761, nr. 137.

feitelijk samenwonende partner onomzetbaar is, heeft geen zin of nut; de omzetting kan niet gevraagd worden; er is daartoe geen wettelijke basis.

Stel dat de testator een testamentair overnamerecht had gestipuleerd in zijn testament ten voordele van zijn feitelijk samenwonende partner. Hoewel artikel 4.74 BW bepaalt dat een testamentair overnamerecht enkel geldt voor een “*mede-erfgenaam*”, zijn we van mening dat dit recht tot overname ten voordele van de feitelijk samenwonende partner in een testament kan worden bedongen, op voorwaarde dat de reserve niet wordt aangetast.

3. En wat als bij testament een recht van bewoning wordt toegekend aan de vriend²⁶?

Artikel 4.150, derde lid BW behandelt deze hypothese niet. Zal er in dit geval ook een recht zijn van inkorting in waarde? In artikel 3.138 BW inzake het goederenrecht wordt het recht van bewoning aangezien als een vorm van een vruchtgebruik; het lijkt ons dan ook logisch dat artikel 4.150, derde lid BW daarop ook van toepassing zal zijn.

4. Andere extremere oplossingen zijn: ofwel besluiten tot een wettelijk samenwonen ofwel huwen, wat zelfs nog kan kort voor een overlijden, in de mate dat beide partijen op dat moment nog bekwaam zijn.

CASUS 5: WETTELIJK SAMENWONENDEN

De zoon A (enige zoon) wenst samen met zijn wettelijk samenwonende partner B een huis te kopen, elk voor de helft, in onverdeeldheid; waarde 600.000 euro.

Als steun voor de aankoop geven de ouders van A hem graag een bankgift van 150.000 euro; zaakvervanging wordt uitgesloten; er is geen conventioneel beding van terugkeer bedongen.

In de koopakte van A en B wordt een optioneel beding van aanwas betreffende het woonhuis gestipuleerd.

Daarnaast stellen A en B een testament op, inhoudende:

- in geval van geen kinderen komt de volledige nalatenschap aan elkaar toe; met die nuance, dat de partner B de nalatenschap bekomt onder last van terugbetaling van de som van 150.000 euro, aan de ouders van A of aan de langstlevende van hen;
- in geval van kinderen is er een keuzelegaat, waarbij de langstlevende partner het recht heeft te kiezen wat hij/zij wenst te erven uit de nalatenschap van de eerststervende partner.

²⁶ J. VAN ISHOVEN, “Gebruik en bewoning, topic 136, Voorbehoud van gebruik en bewoning: civiel” in A. VERBEKE en B. VERDICT, *Handboek Estate Planning, Erfrecht en giften*, deel II, nr. 1296, p. 713-714.

A overlijdt onverwachts, en laat geen kinderen na.

Wegens gebrek aan beschikbare geldmiddelen kan B de som van 150.000 euro niet terugbetalen aan de ouders van A, zoals bepaald in het testament; daarom verwerpt B bij notariële akte het testament; B behoudt wel haar wettelijk erfrecht op de nalatenschap, concreet het vruchtgebruik van de gezinswoning; voor wat de onverdeelde helft blote eigendom van de woning betreft, maakt B gebruik van het beding van aanwas; B betaalt geen erfbelasting op de helft vruchtgebruik; B betaalt wel aan Vlabel 12 % registratiebelasting op de waarde van de helft blote eigendom. De ouders van A staan in de kou; de geschonken som van 150.000 euro hebben zij niet teruggekregen van B.

ANTWOORD

1.1. In deze situatie is het aangewezen dat er geen beding van aanwas wordt opgenomen in de koopakte, en dat de erfenis enkel wordt geregeld via testament; B is dan wel verplicht om de som van 150.000 euro terug te betalen aan de ouders van A; weigert B het legaat in het testament, dan behoudt zij enkel haar helft in volle eigendom van de woning; van de andere helft bekomt zij het wettelijk vruchtgebruik; de helft blote eigendom wordt geërfd door de ouders van A.

M.a.w. het opnemen in een verkoopakte van een beding van aanwas mag geen automatische zijn.

In de marge, vermelden we, in geval van toepassing van het testament, dat de ouders van A in voorkomend geval een onderhoudsvordering lastens de partner B zouden kunnen instellen, bij toepassing van artikel 205*bis* oud BW.

1.2. Aan de bankgift kan ook een conventioneel beding van terugkeer gekoppeld worden met een vervangende schuldvordering, maar dan is de vraag, in geval van een beding van aanwas, tot wie de ouders van A zich moeten wenden om de som van 150.000 euro terug te krijgen; B zou immers niet alleen het legaat in het testament kunnen verwerpen, maar ook de nalatenschap, en enkel het beding van aanwas voor de volle eigendom toepassen.

2.1. In de hypothese dat er kinderen zouden zijn uit de relatie van A met B, dan kan B ervoor opteren, op grond van het keuzelegaat in het testament, om de volledige nalatenschap van A te erven²⁷. De kind(eren) hebben dan enkel een inkortingsvordering “in waarde” lastens hun moeder ten belope van hun reservataire deel²⁸. Als de kinderen dit niet opeisen, verjaart hun vordering na 30 jaar te re-

²⁷ Over het keuzelegaat bij gehuwden, zie: J. BAEL, “Enkele aandachtspunten bij de opmaak van testamenten”, VLANOT, *Jaarboek 2021*, Intersentia, p. 54-61.

²⁸ De langstlevende wettelijk samenwonende partner is een erfgenaam; dit betekent dat art. 4.150, vierde lid BW niet van toepassing is; A. WYLLEMAN, “Samenwonende partners en het nieuwe erf-

kenen van de datum van overlijden²⁹; ingeval de moeder met haar meerderjarige kind(eren) een overeenkomst sluit inhoudende de afsluiting van de vereffening-verdeling van de nalatenschap van A, dan vervalt het recht op vergoeding van de kind(eren) onmiddellijk, op voorwaarde dat de kinderen kennis hadden van de aantasting van de reserve³⁰. Als de kinderen toch hun vordering in waarde opeisen en de langstlevende partner dit niet kan betalen, omdat in voortkomend geval de schuld te groot is, dan heeft de langstlevende partner een ernstig probleem; de kind(eren) zouden hun inkortingsvordering kunnen uitvoeren, of zelfs de schuldeisers van de kind(eren).

Op grond van het keuzelegaat kan de langstlevende ouder er ook voor kiezen om de kind(eren) te laten meedelen in de erfenis (in het huis), ten belope van hun wettelijk of reservatair deel; voor wat de gezinswoning betreft, zal dit een aandeel in blote eigendom zijn; de kinderen erven dan een breukdeel in natura en er moet niets aan de kinderen betaald worden. Dit laatste lijkt ons de beste oplossing. Daarnaast, voor wat de gezinswoning betreft, is de langstlevende partner beschermd door de wet; omzetting van vruchtgebruik kan niet gevorderd worden. Voor de andere goederen dan de gezinswoning kan in het testament het omzettingsrecht aan de kinderen ontnomen worden; evenwel moet worden opgemerkt dat de reserve van de kinderen altijd onbezwaard en ongeschonden moet zijn³¹.

2.2. In deze hypothese zal de langstlevende wettelijk samenwonende partner, als algemene legataris, legaatsoevering moeten vragen aan haar reservataire erfgenamen (haar eigen kinderen) op grond van artikel 4.194, § 1, lid 1 BW³².

CASUS 6: HERROEPING WEGENS ONDANKBAARHEID

Vader en moeder, bejaard, die in een rusthuis verblijven, zijn wettelijk samenwonend en hebben 4 kinderen, 1 dochter en 3 zonen. Op 15 januari 2018 schenken de ouders aan de dochter hun enige te renoveren woonhuis in volle eigendom met een waarde van 150.000 euro; op dezelfde dag wordt aan de 3 zonen door beide ouders elk een bankgift gegeven van elk 150.000 euro; in de ogen van de ouders en de 4 kinderen heeft iedereen gelijk gekregen en is iedereen tevreden.

De ouders hebben soms middelen te kort om de facturen van het rusthuis te betalen omwille van hun laag pensioen; de 3 zonen leggen spontaan het verschil bij. De dochter beweert de middelen niet te hebben, omdat zij haar loon nodig heeft voor de terugbetaling van haar inmiddels afgesloten hypothecair renovatiekre-

recht”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 32, mei 2018, p.15, nr. 49.

²⁹ Art. 4.157 BW.

³⁰ Art. 4.157 BW.

³¹ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 609, nr. 942.

³² CSW-dossiernrs. 4452, 4452bis, 4452ter.

diet van het haar geschonken woonhuis; er ontstaat een gespannen verhouding tussen de dochter en haar 3 broers. Ten einde raad vorderen de ouders voor de rechtbank de herroeping van de aan de dochter geschonken woonhuis wegens ondankbaarheid. De rechtbank acht de vordering ontvankelijk en gegrond, en beveelt de herroeping van de schenking van het woonhuis op grond van ondankbaarheid. De ouders worden terug eigenaar van het woonhuis, weliswaar bezwaard met een hypotheek ten voordele van de bank; de dochter, die de kredietnemer is, weigert de bank terug te betalen; de bank vordert de openbare verkoop na beslag. Met de verkoopopbrengst wordt het krediet aan de bank terugbetaald ten belope van 100.000 euro.

De ouders besluiten bij testament hun dochter te onterven.

De ouders zijn samen overleden op 25 januari 2023.

Bij overlijden van de ouders zijn er geen bankactiva meer; het saldo van de verkoopopbrengst van het huis heeft gediend om de facturen van het rusthuis te betalen.

ANTWOORD

1. Er is meer en meer recente rechtspraak betreffende de herroeping van een schenking wegens ondankbaarheid³³. Artikel 4.174. § 1 BW bepaalt onder meer dat een schenking kan worden herroepen ingeval de begiftigde weigert levensonderhoud te verschaffen aan de schenker. Ingeval een vordering tot herroeping van de schenking wordt ingesteld, bepaalt artikel 3.33 BW dat deze vordering moet worden gekantmeld; ook het desbetreffende vonnis of arrest moet worden gekantmeld. Belangrijk is artikel 3.34 BW in verband met de gevolgen vanaf de kantmelding: beschikkingen over het onroerend goed ten gunste van derden te goeder trouw, gedaan na het instellen van de vordering, maar voor de kantmelding van de eis, of bij gebreke hiervan voor de kantmelding van het vonnis, blijven geldig; dit betekent in deze casus, dat het woonhuis terug in handen komt van de ouders, evenwel bezwaard blijft met de hypotheek te voordele van de bank³⁴. Het lijkt ons nuttig, wanneer de notaris gelast is met de samenstelling van de rekenboedel, dat dan de vraag wordt gesteld of er al dan niet een

³³ Cass. 10 november 2005, *T.Not.* 2006, afl. 7-8, p. 407; Rb. Gent 16 juni 2009, *T.Not.* 2010, afl. 6, p. 232; Cass. 22 oktober 2020, *T.Not.* 2021, afl. 3, p. 274; Gent 29 oktober 2020, *T.Not.* 2022, afl. 2, p. 195; Antwerpen 2 maart 2021, *T.Not.* 2022, afl. 2, p. 195; Antwerpen 27 april 2021, *T.Not.* 2022, afl. 2, p. 194; Antwerpen 8 juni 2021, *T.Not.* 2022, afl. 2, p. 185; Antwerpen 12 oktober 2021, *T.Not.* 2022, afl. 10, p. 942; Gent 31 maart 2022, *T.Not.* 2022, afl. 11, p. 1024; Cass. 5 september 2022, *T.Not.* 2023, afl. 1, p. 54.

³⁴ V. VANBEYLEN, "Gevolgen van het tenietgaan van zakelijke rechten onder het nieuwe goederenrecht: enkele takeaways voor de notariële praktijk", *Nieuwsbrief Notariaat* 2022, nr. 9, p. 4; J. BAEL, "Nalatenschappen, schenkingen en testamentele gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen", *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 41, november 2022, nr. 163, p. 106; B. VERHEYE, "Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek", *T.Not.* 2021, afl. 12, 1050-1051.

vordering wegens herroeping van de schenking werd ingesteld; de notaris zal er immers van uitgaan dat het onroerend goed definitief is weggeschonken, terwijl het desbetreffende huis toch nog tot de nalatenschap zal terugkeren, ten gevolge van dergelijk vonnis of arrest.

2. In geval van herroeping wegens ondankbaarheid behoudt de dochter toch haar (reservatair) erfrecht; dit is geen geval van onwaardigheid³⁵.

3. De 3 broers, die algemene legataris en reservataire erfgenaam zijn, dienen geen legatsafgifte aan hun zus te vragen.

4. Concreet is de berekening van de rekenboedel, als volgt:

Door de terugbetaling aan de bank van het krediet ten belope van 100.000 euro door de ouders, voor rekening van de dochter, is er een schuld (zonder intrest) ontstaan lastens de dochter ten aanzien van haar ouders; volgens artikel 4.94 BW is de som van 100.000 euro door de dochter in te brengen in de nalatenschap van haar ouders, zonder indexatie.

De drie bankgiften, gedaan aan de drie zonen, moeten worden ingebracht, wel met indexatie: $150.000 \text{ euro} \times 127,84 \text{ (index januari 2023)} : 106,22 \text{ (index januari 2018)} = 180.530,97 \text{ euro}$.

De rekenboedel bedraagt samen: $100.000 \text{ euro (zonder indexatie)} + (180.530,97 \text{ euro} \times 3) = 641.592,92 \text{ euro}$.

De reserve van de dochter bedraagt $1/8$ of 80.199,11 euro; de dochter dient 100.000 euro in te brengen; bij de verdeling zal dan blijken dat zij aan haar drie broers samen 19.800,88 euro moet terugbetalen; de terugvordering van dit bedrag door de 3 broers lastens hun zuster zal wellicht niet evident zijn.

5. Zou een erfovereenkomst betreffende de vier schenkingen van 15 januari 2018 een betere oplossing geweest zijn, waarbij bepaald wordt in de akte van erfovereenkomst dat de herroeping door de schenker, wegens ondankbaarheid, van een schenking, geen invloed zal hebben op de geldigheid van de erfovereenkomst? Jazeker! In dit geval dienen de drie broers niets in te brengen; de zus dient wel de schuld aan haar ouders zonder indexatie in te brengen, wat concreet betekent dat bij de verdeling de 3 broers samen een vordering hebben lastens de zuster van: $100.000 \text{ (zonder indexatie)} \times 7/8 = 87.500 \text{ euro}$.

³⁵ Art. 4.6 BW.

CASUS 7: BANKGIFTEN BINNEN EN BUITEN ERFDEEL³⁶

Ouders, gehuwd onder het wettelijk stelsel met keuzebeding, hebben 2 kinderen; een zoon en een dochter. De zoon is gehuwd zonder huwelijksovereenkomst. De dochter is wettelijk samenwonend. De zoon en de dochter hebben elk bouwplannen. Om hen te steunen geven de ouders bankgiften aan hun 2 kinderen, als volgt:

- aan de zoon een bankgift van 200.000 euro op 1 december 2019; er is daarvan geen geschreven document;
- aan de dochter een bankgift van 200.000 euro op 1 februari 2020; ook hier bestaat geen geschreven document.

In de ogen van de ouders hebben zoon en dochter evenveel gekregen.

De zoon (gehuwd) laat zich informeren dat het nuttig is dat hij ten aanzien van zijn echtgenote schriftelijke bewijzen heeft van de hem gedane bankgift; de ouders vinden dit een goed idee; de ouders en de zoon tekenen een onderhands voorgedrukt document, inhoudende dat de bankgift “*buiten deel*” is geschied ten belope van 200.000 euro.

De vader sterft op 10 februari 2023; ingevolge uitoefening keuzebeding komt het resterende spaargeld ten belope van 100.000 euro toe aan de langstlevende echtgenote; daarop is geen erfbelasting verschuldigd. Ook de bankgiften zijn niet belastbaar; de termijn van 3 jaar is verstreken. Iedereen is in de veronderstelling dat alles goed geregeld is.

Na overlijden van de moeder in maart 2023 merkt de schoondochter op dat de gedane bankgiften allemaal moeten worden ingebracht en in voorkomend geval ingekort moeten worden, omdat de bankgift aan haar echtgenoot, gedaan door zijn ouders, “*buiten deel*” is geschonken.

ANTWOORD

1. De samenstelling van deze rekenboedel is als volgt:

De verschillen inzake indexatie zijn zeer minimaal, wat we in deze casus even buiten beschouwing laten.

Bankactiva op datum van overlijden: 100.000 euro.

Inbreng bankgift aan zoon: 200.000 euro (+ indexatie).

Inbreng bankgift aan dochter: 200.000 euro (+ indexatie).

De rekenboedel, samen: 500.000 euro.

Het beschikbaar deel bedraagt: 250.000 euro.

³⁶ Art. 4.83 BW; J. BAEL, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 41, november 2022, p. 79-80, nr. 84.

De bankgift van de zoon wordt aangerekend op het beschikbaar deel, bij toepassing van artikel 4.154 BW; hij mag de bankgift van 200.000 euro, hem gegeven en later omgevormd buiten deel, behouden³⁷.

Rest nog: 300.000 euro, te verdelen tussen broer en zus, elk de helft of elk 150.000 euro. Er is slechts nog 100.000 euro voorhanden, welke som integraal toekomt aan de broer; daarnaast dient de zus aan haar broer 50.000 euro (te verhogen met indexatie) terug te betalen, wat wellicht niet bedoeling was geweest van de ouders.

2. Ingevolge het cassatiearrest van 3 februari 2022 kunnen bankgiften, die niet notarieel zijn geregeld, omgevormd worden van bankgiften binnen erfdeel naar bankgiften buiten erfdeel door middel van een onderhands document; een notariële akte is daarvoor niet vereist³⁸.

3. Wij kunnen de beslissing van Cassatie begrijpen, maar voor de notariële praktijk is het moeilijk aanvaardbaar; binnen of buiten erfdeel, wat een immens verschil; hebben de partijen de inhoud van het desbetreffende onderhandse document wel begrepen, met zijn verstrekkende onevenwichtige gevolgen? Bij elke bankgift of een wijziging daarvan zou een notariële tussenkomst bij wet moeten worden opgelegd; het zou veel misverstanden, en gerechtelijke procedures, in deze familiale context vermijden. Als Vlabel dan zou willen meegaan in het verhaal dat een bankgift bij notariële akte, of een wijziging daarvan, niet belastbaar is, tenzij in geval van een overlijden binnen de drie jaar, dan zou dit de rechtszekerheid ten goede komen. Een eerste aanzet daartoe is reeds gegeven: bij een erfovereenkomst is de loutere vermelding van een bankgifte, die dateert van voor de akte van erfovereenkomst, niet belastbaar volgens artikel 2.8.3.0.5. Vlaamse Codex Fiscaliteit³⁹.

4. In de desbetreffende casus zou kunnen worden gerefereerd aan een uitspraak van het hof van beroep van Gent van 17 december 2020, waar geoordeeld werd dat uit de desbetreffende omstandigheden niet blijkt dat de ouders de bankgiften expliciet wilden omvormen naar schenkingen buiten erfdeel⁴⁰; de intentie om een ongelijkheid doelbewust te creëren werd niet bewezen.

5. Ook hier had een globale erfovereenkomst alle erfenisproblemen kunnen voorkomen.

³⁷ C. DE WULF, “De erfwet van 31 juli 2017 – een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk”, *T.Not.* 2018, bijzonder nummer, die Keure, p. 62, nr. 107.

³⁸ Cass. 3 februari 2022, *T.Not.* 2023, afl. 1, p. 33-34; J. BAEL, “De omvorming onder levenden van een schenking als voorschot op erfdeel in een schenking met vrijstelling van inbreng en omgekeerd in het geval van een gift van hand tot hand of een onrechtstreekse schenking”, *T.Not.* 2023, afl. 1, p. 34-38; J. BAEL, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 41, november 2022, p. 80-82, nrs. 85-88.

³⁹ F. BLONTROCK, K. VANBEYLEN en W. VAN DE PUTTE, “Het Federale nieuwe erfrecht en de Vlaamse Fiscaliteit” in *Liber Amicorum A. Van den Bossche*, die Keure 2019, p. 31.

⁴⁰ Gent 17 december 2020, *T.Not.* 2021, afl. 6, p. 589, nr. 6.

CASUS 8: LANDBOUWGROND

Gehuwde ouders, gepensioneerde landbouwers, verblijvend in een gehuurde serviceflat, bezitten samen nog 10 hectare landbouwgrond; ze hebben een zoon (landbouwer) en een dochter (verpleegster).

Om de huur van de serviceflat te kunnen betalen gaan zij akkoord om de landbouwgronden te verpachten aan de zoon.

Door de landbouwgronden te verpachten aan de zoon werpt de dochter op dat hij voortaan een bevoorrechte pachtpositie heeft verworven. De zoon beweert, dat hij de 10 hectare broodnodig heeft voor zijn melkveebedrijf en daarom geen akte van minnelijke pachtbeëindiging op lange termijn wil ondertekenen. Hij beschikt niet over de middelen om de dure landbouwgronden aan te kopen of om zijn zus uit te keren.

De relatie tussen ouders en zoon verzuurt dermate dat de ouders een testament opmaken en alles legateren aan de dochter als algemene legataris, waaronder de 10 hectare landbouwgrond.

Veel bankactiva zijn er niet bij overlijden van de ouders; de gemeenschap is aan de langstlevende toegekomen ingevolge beding in hun huwelijksovereenkomst.

Na overlijden van de ouders zegt de dochter, inmiddels gehuwd met een landbouwer, de pacht van haar broer op⁴¹.

ANTWOORD

Gelet op de grondgebonden beroepsactiviteit van de zoon was het voor de zoon van kapitaal belang dat hij effectief, minstens een onverdeeld deel, van de landbouwgronden zou erven; dit is evenwel in deze casus niet het geval. De zoon heeft enkel een geldelijke inkortingsvordering lastens zijn zuster⁴².

Bovendien kan de zoon zich niet beroepen op:

- het wettelijk principe van verdeling in natura tussen “mede-eigenaars” overeenkomstig artikel 4.73, § 1 BW; artikel 4.73, § 2 BW bepaalt daarnaast dat bij de verdeling de verbrokkeling van erven en de splitsing van bedrijven zoveel mogelijk moet worden vermeden;
- de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit; dit recht van overname, voortaan geregeld door artike-

⁴¹ Art. 7, 1° Pachtwet.

⁴² G. HOLLANDERS DE OUDERAEN en J. FILLENBAUM, “La réserve en valeur: aperçu de quelques impacts civils (passés inaperçus)”, *RNB* 2021, p. 1026-1034.

len 4.116 tot en met 4.124 BW⁴³, is enkel van toepassing indien de overnemer bij het openvallen van de nalatenschap erfgenaam in rechte neerdalende lijn en “mede-eigenaar” is van de onverdeelde onroerende goederen⁴⁴.

Een testament van het beschikbaar deel aan de dochter zou in deze casus redelijker geweest zijn. Daar het hier gaat over het voortbestaan van het landbouwbedrijf van de zoon, is de totale onterving te drastisch.

BESLUIT

1. Het is vreemd, en het voelt onnatuurlijk aan, dat de vererving van een nalatenschap kan worden gewijzigd door een beslissing van een derde, in de plaats van de testator. Uit enkele van voormelde casussen blijkt dat dit mogelijk is, door de uitwerking van een keuzebeding of door een verwerping. Het is onze notariële taak deze mogelijkheden zo veel mogelijk uit te sluiten.

2. Bij het opstellen van een huwelijksovereenkomst, een schenking en/of een testament is het bijzonder belangrijk om de ouders te informeren omtrent de consequenties. Het is dermate eenvoudig alles aan de langstlevende of aan één kind te schenken/te legateren; evenwel zijn de gevolgen, na een overlijden, in bepaalde gevallen, zoals duidelijk blijkt uit voormelde casussen, dermate nadelig dat een beter doordachte inhoud van een huwelijksovereenkomst, van een schenking of van een testament wellicht een evenwichtiger resultaat binnen de familie met meer zekere rechten zou hebben gegeven.

In bepaalde gevallen komt de onterfde reservataire erfgenaam helemaal in de kou te staan, waarbij bovendien goed bedoelde wetgeving, zoals het basisprincipe van verdeling in natura, de regelgeving van de kleine nalatenschappen en de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit, niet kunnen worden toegepast. Het onterfde kind wordt als het ware gedenaturaliseerd; een kind wordt geboren als een zoon of een dochter, terwijl hij/zij ingevolge het testament van zijn/haar ouder enkel nog een schuldeiser is van de nalatenschap, alsof hij geen kind meer is.

Anderzijds is het ook mogelijk dat de algemene legataris niet over de middelen beschikt om de inkortingsvordering van de reservataire onterfde erfgenaam onmiddellijk te vergoeden; of dat de onterfde reservataire erfgenaam niet kan voldoen aan zijn inbrengplicht in waarde.

⁴³ J. BAEL, “Nalatenschappen, schenkingen en testamenten gecodificeerd in boek 4 BW: een bespreking van de wijzigingen”, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 41, november 2022, p. 84-85, nrs. 98-100.

⁴⁴ J. VERSTRAETE, *De verdeling van de nalatenschap*, Wolters Kluwer, 2021, p. 535, nr. 819 en p. 538, nr. 824.

KAREL VANBEYLEN

Schenken combineren met een erfovereenkomst, is ten zeerste aangeraden, en garandeert de rechtszekerheid.

Een legaat van het beschikbaar deel of een goed omschreven legaat is meestal evenwichtiger, menselijker, dan een totale testamentaire onterving.

31 maart 2023

LE NOTAIRE ET LES ACTES DE DROIT INTERNATIONAL UNIFORME

Jean-Louis VAN BOXSTAEL

Plusieurs textes internationaux chargent le notaire d'une mission de certification. Les actes que le notaire établit à cette occasion ne sont pas à proprement parler des actes authentiques. Mais ils revêtent une autorité particulière, que leur confère le texte international qui les prévoit. Ces textes confirment le statut particulier que le notaire occupe, comme autorité digne de foi, ou de confiance, dans les relations privées transfrontières. Ils font de lui l'acteur d'une société internationale en devenir.

1. INTRODUCTION

Le notaire est un agent de l'État. Il l'est non pas au sens du fonctionnariat que paraît toujours évoquer, à ce jour, l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi organique de sa profession¹, mais dans le sens qu'il exerce, pour le compte de l'État, une fonction d'intérêt général. Cette fonction consiste, pour celui qui se voit « conférer le droit d'attester juridiquement des droits subjectifs non litigieux »², à « garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers »³. Le notaire participe à « la bonne administration de la justice » et, notamment, à « la sécurité juridique des transactions immobilières [et au] bon fonctionnement du livre foncier »⁴.

¹ Les termes « fonctionnaire public » toujours utilisés dans cette disposition ont été remplacés par ceux d'« officier public » dans l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat, qui en est le pendant en France. Il s'agit à notre sens d'un choix conscient du législateur belge. Il faut comprendre les termes « fonctionnaire public » par le fait que le notaire exerce une fonction publique. Il est titulaire d'une charge, d'un office public : il participe du service public, dans le sens qu'il est au service du public, terme que l'on retrouve expressément, à propos des études à résidences multiples, à l'article 52, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi contenant organisation du notariat : « [d]ans chaque antenne, le *service notarial* doit être organisé à part entière [...]. La Chambre nationale des notaires établit les règles générales de ce *service* » (nous soulignons).

² C.J.U.E., *E.E.*, 16 juillet 2020, aff. C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569, point 52. La Cour reprend ici, et fait sienne, la définition de la fonction notariale contenue à l'article 1^{er} de la loi relative au notariat de la République de Lituanie (*ibid.*, point 21).

³ C.J.U.E., *Piringer*, 9 mars 2017, C-342/15, ECLI:EU:C:2017:196, point 60. L'originalité de cette fonction, constitutive au sens du droit des traités d'une « raison impérieuse d'intérêt général », avait déjà été relevée par la Cour dans ses arrêts « nationalité » du 24 mai 2011 (en particulier, l'arrêt prononcé contre la Belgique : aff. C-47/08, ECLI:EU:C:2011:334, points 95 et 97).

⁴ C.J.U.E., *Piringer*, 9 mars 2017, C-342/15, précité, p. 59. Le notaire est un membre de l'ordre judiciaire, un magistrat gracieux, l'acteur d'une justice sans procès. Il intervient dans un cadre essentiellement non contentieux, et sa compétence « dépend de la seule volonté des parties » qui le choisissent (C.J.U.E., 23 mai 2019, aff. C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, point 55).

Cette fonction essentielle, justement relevée par la Cour de justice de l'Union européenne, n'est pas l'apanage des sociétés nationales, ou étatiques. Le législateur international a tout au contraire fort tôt aperçu l'utilité fondamentale d'une intervention préventive, apte à créer tout à la fois par le respect de formes rigoureuses et le conseil donné, c'est-à-dire par une authenticité double, à la fois formelle et substantielle⁵, la sécurité et la prévisibilité des solutions indispensables à une vie juridique apaisée⁶.

C'est ainsi qu'il a mis en place, pour faire dialoguer des cultures juridiques parfois fort éloignées l'une de l'autre et briser les barrières qui les sépare, des actes de droit uniforme, des instruments-passerelles en quelque manière, réglés à l'identique sur le territoire de tous les États parties, établis de la même manière sur le territoire de chacun d'eux, et déployant partout des effets identiques⁷. Il est remarquable à cet égard qu'appelé à désigner l'autorité qui dresserait, en Belgique, pareils actes, le législateur belge – agissant du reste à l'unisson avec les autres États connaissant un notariat de type latin – en ait confié la responsabilité au notaire.

Le notaire, agent de l'État ou fonctionnaire public, se révèle ainsi, bien au-delà du service apporté à une communauté juridique nationale, au service de la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire de la communauté mondiale. Il est au service du monde, au sens de la société mondiale, orientée vers le maintien de la paix et le développement de relations amicales entre les peuples⁸. C'est en ce sens que le présent hommage voudrait encourager les notaires à employer les actes de droit uniforme que le droit conventionnel international et le droit réglementaire européen mettent à leur disposition, pour rien de moins

⁵ C'est à nouveau à la Cour de justice de l'Union européenne que l'on doit d'avoir, au siècle dernier déjà, relevé que l'authenticité attendue d'un acte notarié ne s'arrête pas à la certification d'une signature, mais porte sur le contenu même de l'acte (*Unibank*, 17 juin 1999, aff. C-260/97, ECLI:EU:C:1999:312, point 17, reprenant les termes du rapport Jenard-Möller sur la Convention de Lugano, *J.O.*, 1990, C 189, p. 57, § 72). La définition européenne de l'authenticité, comme s'étendant au contenu de l'acte, a depuis lors été reprise par tous les règlements européens définissant l'acte authentique (voy. pour la première fois le règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, en son article 4, § 3).

⁶ La sécurité et la prévisibilité des solutions sont au cœur des règlements européens de droit international privé, qui en voient dans le contrat, c'est-à-dire dans le choix des parties et l'autonomie de leur volonté, l'instrument fondamental (voy. pour la première fois, à notre connaissance, les considérants 1 et 16 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)).

⁷ La mise en place d'actes de droit uniforme est différente à la fois de l'unification du droit et de celle du droit international privé. Il ne s'agit ici ni de mettre en place un droit uniforme, commun à tous, ni de coordonner la coexistence d'ordres juridiques essentiellement différents par la mise en place de règles de coordination uniformes. Bien plutôt s'agit-il, tout en respectant la variété des différents ordres juridiques, essentielle à l'organisation des sociétés humaines, de mettre en place des instruments-navettes, capables de franchir les frontières, d'être compris de tous, et de venir se glisser, aussi harmonieusement que possible, sur le territoire de tous les États parties, dans les catégories juridiques nationales.

⁸ Tels sont les deux premiers buts de l'Organisation des Nations Unies, tels qu'ils sont affirmés à l'article 1^{er}, paragraphes 1 et 2, de la Charte de San Francisco : « [l]es buts des Nations Unies sont les suivants : 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales [...] ; 2. Développer entre les nations des relations amicales [...] ».

que la construction du monde. Puissent les promoteurs du Comité d'études et de législation, qui ont fait du respect, de l'amitié et de la compréhension au sein de la communauté des juristes, les moteurs puissants de leur action, trouver dans cette exhortation la confirmation de la justesse de leur intuition initiale et de la pertinence de leur travail.

2. LE TESTAMENT INTERNATIONAL

Réunissant le meilleur des cultures juridiques anglo-saxonne et latine, ou faisant du moins dialoguer l'une et l'autre⁹, la convention de Washington du 26 octobre 1973¹⁰ a la première intégré, à notre connaissance, l'utilité de mettre à la disposition des particuliers soucieux de se prémunir des inconvénients du passage de la frontière un outil ou un instrument – un acte, en réalité – qui puisse être établi, et compris à l'identique, sur le territoire de tous les États parties : un acte de droit uniforme, adapté aux spécificités de la circulation des personnes et des situations juridiques internationales¹¹. Le testament international – c'est-à-dire selon une définition empruntée au professeur Léon Raucent « celui qui, présenté par le testateur à un notaire assisté de deux témoins, est signé par eux, et ensuite joint à une attestation établie par le notaire qui en assurera la conservation »¹² – est connu à l'identique de tous les ordres juridiques des États parties à la Convention, qui introduit dans leurs législations respectives une « forme supplémentaire de testament »¹³. Sa rédaction permet au futur défunt de parler une langue commune à tous ces États, sans que leurs autorités ou juridictions doivent s'interroger sur la loi qui y est applicable. Tel est l'objectif, déjà présent dans le préam-

⁹ Sur cette rencontre ou ce carrefour des cultures juridiques, assez rare pour être souligné, voy. notre contribution avec J. FONTEYN, « Le testament en la forme internationale », in ALN (dir.), *Le nouveau testament. Le testament sous ses nouvelles facettes*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 146 et s., citant notamment le rapport fait par M. VAN BELLE au nom de la Commission de la justice de la Chambre des représentants, préalablement à l'adoption des lois belges d'approbation et de transposition de la Convention de Washington : « [I]a loi uniforme qui est proposée présente un compromis remarquable entre le droit romain, qui met l'accent sur le rôle du notaire, et le droit des pays de « common law », qui insiste sur l'importance du témoignage » (*Doc. parl.*, n° 482 (1979-1980), n° 7 du 7 avril 1981, reproduit dans *Rec. gén.*, n° 22.991, p. 48).

¹⁰ La Convention de Washington est approuvée en Belgique par une loi du 11 janvier 1983 et mise en œuvre par une loi du 2 février 1983 (loi du 11 janvier 1983 portant approbation de la Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, et de l'Annexe, faites à Washington le 26 octobre 1973, et loi du 2 février 1983 instituant un testament à forme internationale et modifiant diverses dispositions relatives au testament, *M.B.*, 11 octobre 1983).

¹¹ Un acte, précise M. VAN BELLE dans le rapport cité à la note 9 qui précède, inspiré par des « considérations humanistes », ou internationalistes (*ibid.*).

¹² *Les libéralités*, éd. refondue, Louvain-la-Neuve, Academia, et Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 213, n° 297. Cette définition vaut par sa concision celles, lapidaires elles aussi, que le Code civil donne du testament olographe (art. 4.181) et du testament notarié (art. 4.183). Les articles 4.184 et 4.185 du Code civil la reprennent substantiellement : « Art. 4.184. Testament en la forme internationale. Le testament à forme internationale est établi conformément aux dispositions de la loi du 2 février 1983 instituant un testament à forme internationale et modifiant diverses dispositions relatives au testament. Art. 4.185. Attestation relative au testament en la forme internationale. Le notaire joint au testament en la forme internationale une attestation conformément aux dispositions de la loi visée à l'article 4.184 ».

¹³ Selon les termes du préambule de la Convention.

bule de la Convention : celui de « réduire[e] », même en réalité de supprimer « la nécessité de la recherche de la loi applicable » qui rend les situations juridiques internationales si incertaines, et parfois si périlleuses¹⁴. Le législateur belge l'a bien compris qui a vu dans « l'identité de forme » le premier, et principal, avantage du testament international : ce testament, étant confectionné à l'identique sur le territoire de tous les États parties, pourra y être établi dans la même forme, et il sera également efficace, c'est-à-dire qu'il y produira partout des effets juridiques identiques¹⁵.

Or il est remarquable qu'appelé à désigner la personne habilitée à instrumenter, au sens de la Convention de Washington, le législateur belge ait jeté son dévolu sur le notaire¹⁶. Les raisons du choix ne sont pas mystérieuses : le notaire est le spécialiste du droit patrimonial de la famille. Il est aussi le gardien des secrets et de l'histoire des familles, et le dépositaire de leurs papiers, et c'est pour ces raisons de spécialité, de discrétion et de conservation – par-dessus tout de conservation – qu'il a été choisi¹⁷. Ce sont cependant moins les raisons du choix du notaire que ses conséquences qui doivent être soulignées : le notaire ayant été choisi comme la personne habilitée à instrumenter, il est rien que moins projeté sur la scène internationale ; il reçoit un statut, ou une stature internationale et

¹⁴ « L'ensemble des États contractants équivaut en effet, en ce qui concerne le testament international, à un unique système juridique », écrit à ce sujet le rapport explicatif de M. Jean-Pierre PLANTARD, alors secrétaire général adjoint de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), lieu d'élaboration de la Convention (<https://www.unidroit.org/french/conventions/1973wills/1973wills-explanatoryreport-f.pdf>, p. 4). L'efficacité du testament international s'étend par ailleurs au territoire des États parties à la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires ainsi que, pour les États membres qui n'ont pas ratifié cette convention, du règlement européen sur les successions ((UE) n° 650/2012), s'il se rattache à l'un des droits auxquels cette convention ou le règlement suspend la validité formelle du testament. Il est ainsi valable sur le territoire de pas moins de cinquante États (cf. notre contribution, « Le testament international », *Notamus*, 2/2015, p. 27-28).

¹⁵ Voy. à nouveau les termes du rapport VAN BELLE, cité à la note 9 qui précède : « [o]utre qu'il peut s'exprimer dans sa langue, le testateur qui se trouve à l'étranger peut obtenir sans difficulté la collaboration de l'autorité locale compétente du pays qui a adhéré à la Convention et, moyennant l'intervention de cette autorité, respecter les prescriptions du testament international », et « [c]elui qui possède des biens dans plusieurs pays pourra rédiger un testament dans une forme qui sera la même dans tous les pays » (*Rec. gén.*, n° 22.991, p. 48-49).

¹⁶ « Les personnes habilitées à instrumenter en matière de testaments internationaux sont : – sur le territoire belge, le notaire ; – à l'égard des ressortissants belges à l'étranger, les agents diplomatiques et consulaires ayant la compétence notariale » (art. 16 de la loi du 2 février 1983 instituant un testament à forme internationale et modifiant diverses dispositions relatives au testament, pris en exécution de l'article II, § 1^{er}, de la Convention de Washington : « [c]hacune des Parties contractantes complètera les dispositions de l'Annexe dans sa législation dans le délai prévu à l'article qui précède, par la désignation des personnes qui, sur son territoire, sont habilitées à instrumenter en matière de testaments internationaux. Elle peut aussi désigner en tant que personne habilitée à instrumenter à l'égard de ses ressortissants ses agents diplomatiques et consulaires à l'étranger, pour autant que la loi locale ne s'y oppose pas »).

¹⁷ Le législateur belge a fait du reste du dépôt au rang des minutes d'un notaire le moyen obligé de conservation du testament international, le législateur optant à cet égard pour un mode de conservation obligatoire là où la Convention de Washington ne voyait qu'une faculté (art. 17 de la loi du 2 février 1983 : « [l]e notaire qui a établi l'attestation prévue par l'article 9 placera le testament dans une enveloppe qui sera scellée en présence du testateur et des témoins. Il déposera cette enveloppe, accompagnée d'un exemplaire de l'attestation, au rang de ses minutes » ; voy. à cet égard le rapport VAN BELLE, reproduit dans *Rec. gén.*, n° 22.991, p. 64-65).

dialogue, à travers l'espace, et aussi à travers le temps (puisque le testateur ne décèdera pas immédiatement), avec les autorités des autres États parties qui reconnaîtront dans l'acte qu'il a établi (nous voulons parler de l'attestation de dépôt du testament international) un acte qu'elles auraient pu établir elles-mêmes : le *même* acte. Quoi d'étonnant, dès lors, que le testament et l'attestation qui y est jointe soient dispensés de toute légalisation ou formalité analogue pour accréditer l'authenticité des signatures dont sont revêtus et la qualité de l'autorité qui les ont reçus ou dressés¹⁸ !

Ce n'est pour le surplus pas le lieu de s'attarder sur la manière concrète dont est établi le testament international. Disons pour faire bref qu'il en est essentiellement deux méthodes, dès lors que, l'attestation et le testament auquel elle est jointe doivent être, d'une manière ou d'une autre, glissée dans une enveloppe fermée pour être déposée au rang des minutes d'un notaire¹⁹. L'on peut concevoir d'abord – c'est la manière la plus fréquente – que l'attestation prescrite par la loi uniforme soit elle-même dressée en la forme authentique, et qu'il en soit délivré sur le champ deux expéditions : la première, pour être glissée avec le testament dans l'enveloppe scellée qui sera déposée en annexe à la minute de l'attestation, et la seconde, remise au testateur. Il est aussi possible que le notaire établisse l'attestation sur un papier libre, hors de toutes les formes qui régissent la confection d'un acte notarié, et qu'il en effectue le dépôt, ainsi que de l'enveloppe scellée contenant le deuxième exemplaire de l'attestation jointe au testament, au rang de ses minutes, au moyen d'un simple acte de dépôt²⁰. Dans ce système, le troisième exemplaire de l'attestation, remis au testateur, est un exemplaire original, mais en forme libre. Cette deuxième manière d'établir un testament en la forme internationale, qui nous semble la plus proche du texte de la loi uniforme (qui prescrit l'établissement de l'attestation en trois originaux), montre que le notaire – n'était le choix du législateur belge, comme manière de le conserver, d'un dépôt de l'enveloppe scellée au rang de ses minutes – ne peut être cantonné dans le rôle de recevoir un acte authentique de droit belge. Pour se mettre en dialogue, comme le veut le législateur international, avec les autorités étrangères avec lesquelles, à travers l'espace et temps, il est appelé à collaborer, c'est-à-dire au moment d'établir un acte de droit international uniforme, pareil à celui qu'elles établiraient elles-mêmes, le notaire n'est pas tenu par les canons de l'authenticité du droit belge. Ce qu'il projette dans les relations internationales, ce n'est pas l'acte authentique qu'il reçoit en conformité à la loi contenant organisation du notariat, mais l'acte élaboré par le législateur international lui-même et dont – par l'intermédiaire du choix exprimé par le législateur

¹⁸ Art. VI, § 1, de la Convention.

¹⁹ *Supra*, note 17.

²⁰ Cette deuxième manière de faire a été suggérée par Ph. DE PAGE, peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi de transposition : « Le testament international et sa mystique », *Rev. Not. belge*, 1984, p. 7 et s., avec le modèle d'un acte de dépôt, p. 21. Voy. en général, sur la manière de confectionner un testament international, notre contribution avec J. FONTEYN, « Le testament en la forme internationale », *art. cit.*, p. 165 et s.

belge – celui-ci lui en a confié responsabilité. C'est ainsi que le notaire est un agent du droit international ; qu'il se met au service de la société internationale. Ou, mieux encore, qu'il acquiert, comme nous le disions déjà, un statut ou une stature internationale ; qu'il devient l'acteur de la société internationale.

3. LE CERTIFICAT SUCCESSORAL EUROPÉEN

Cette responsabilité internationale apparaît mieux encore à l'autre bout de la chaîne, non au moment où le testateur établit ses dispositions de dernières volontés, mais, après qu'il est décédé, au moment où il faut établir aux yeux de tous la dévolution de sa succession et fonder la bonne foi tant de ceux qui remettent aux héritiers des avoirs successoraux que de ceux qui les acquièrent de leur part. J'ai nommé : le certificat successoral européen. Celui-ci, réglé aux articles 62 à 73 du règlement européen sur les successions²¹, est un acte de droit européen uniforme par lequel les héritiers, légataires ayant des droits directs à la succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs d'une succession internationale peuvent, sans autre formalité, faire valoir leur(s) qualité(s), et exercer les droits y afférents, sur le territoire de tous les États membres parties au règlement²². Il doit être établi selon la procédure et sur le formulaire arrêtés, de manière uniforme, par le législateur européen.

La procédure est, *grosso modo*, la suivante :

1° le notaire est saisi d'une demande, émanant d'un héritier, légataire ayant des droits directs à la succession, exécuteur testamentaire ou administrateur de la succession²³, qui comporte, « pour autant que le demandeur en ait connaissance », les informations visées à l'article 65, § 3, du règlement²⁴ ;

²¹ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Nous ne nous arrêterons pas ici sur les effets du certificat, réglés à l'article 69 du règlement européen sur les successions, et qui relèvent à la fois du possesseur et du pétitoire.

²² Notre contribution avec E. GOOSSENS, « Brève introduction au certificat successoral européen », *Rev. not. belge*, 2017, p. 222 et s., ici la définition, p. 222.

²³ Seules ces personnes, visées à l'article 63, § 1^{er}, du règlement européen sur les successions, ont qualité pour présenter la demande (art. 65, § 1^{er}).

²⁴ Afin de faciliter le traitement de la demande, celle-ci peut être présentée au notaire au moyen d'un formulaire uniforme, adopté en exécution de l'article 65, § 2, du règlement ; il n'y en a toutefois pas d'obligation. Ce formulaire figure en annexe 4 (formulaire IV) du règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. L'utilisation du formulaire (et de ses annexes) pourrait paraître très lourde. En réalité, les informations sollicitées du demandeur ne sont requises que « pour autant que le demandeur en ait connaissance et que l'autorité émettrice puisse certifier les éléments que le demandeur souhaite voir certifier » (art. 65, § 3, al. 1^{er}). Il est de plus permis à l'autorité émettrice, appelée à instruire la demande, de « décider d'accepter d'autres moyens de preuve », « [s]i le demandeur n'a pas pu produire des copies des documents pertinents répondant aux conditions requises

2° le notaire vérifie la recevabilité de la demande, c'est-à-dire la réunion des conditions de délivrance du certificat²⁵ :

a. la qualité dont le demandeur se prévaut, celui-ci devant être héritier, légataire ayant des droits directs à la succession, exécuteur testamentaire ou administrateur de la succession (art. 65, § 1^{er}, et 63, § 1^{er}, du règlement) ;

b. la finalité internationale du certificat, celui-ci étant délivré « en vue d'être utilisé dans un autre État membre », de sorte qu'il requiert un cadre transfrontière (art. 63, § 1^{er}, et 65, § 3, litt. f) ;

c. sa propre compétence internationale, le certificat ne pouvant être délivré que par un notaire établi sur le territoire d'un État dont les juridictions sont compétentes, au fond, pour connaître de la succession (art. 64)^{26, 27} ;

3° le notaire instruit la demande et veille à la porter à la connaissance des bénéficiaires de la succession :

- il vérifie les informations et déclarations fournies par le demandeur ainsi que les documents et autres moyens de preuve présentés par celui-ci (art. 66, § 1^{er}) ;

pour en établir l'authenticité » (art. 66, § 2). L'autorité émettrice exerce donc, au stade de la demande, un grand pouvoir d'appréciation. L'utilisation du formulaire de demande (que le notaire pourrait inviter ou aider le demandeur à remplir) est facultative (art. 65, § 2). L. WEYTS estime même que la demande de certificat pourrait être purement et simplement verbale ou informelle, et être adressée au notaire à l'occasion de l'entretien que celui-ci a coutume d'avoir avec les ayants droit (« De Europese verordening op internationale nalatenschappen: denk er nu reeds aan bij het opmaken van een testament », *T. Not.*, 2013, p. 200 et s.).

²⁵ Si ces conditions ne sont pas réunies, le notaire rejettera la demande, par une décision susceptible de recours (art. 67, § 1^{er}, al. 2 et 72, § 2, al. 2). La première de ces dispositions précise que le notaire refuse également de délivrer le certificat « si les éléments à certifier sont contestés » ou « si le certificat s'avère ne pas être conforme à une décision [entendez par là une décision judiciaire reconnue dans son ordre juridique] portant sur les mêmes éléments ».

²⁶ Il peut s'agir du notaire de l'État membre de la résidence habituelle du défunt « au moment de son décès » (art. 4 du règlement), du notaire de l'État membre dont le défunt avait la nationalité, lorsque, par une disposition à cause de mort, il a choisi sa loi nationale pour régir sa succession et que les parties s'accordent pour confier cette tâche à ce notaire (ou, plus généralement, aux notaires de cet État) ou qu'une partie demande à l'autorité saisie de déclinier sa compétence en faveur des notaires de cet État et que cette autorité accède à cette demande (art. 5 à 9), ou du notaire de l'État membre sur le territoire duquel le défunt possédait des biens, lorsqu'il est décédé en laissant sa résidence habituelle sur le territoire d'un État tiers mais qu'il possédait des biens sur le territoire d'un État membre. La compétence du notaire de ce dernier État est limitée aux biens se trouvant sur son territoire lorsque le défunt ne possédait pas la nationalité de cet État ou n'y avait pas résidé habituellement moins de cinq ans avant l'introduction de la demande (art. 10).

²⁷ Le rôle du notaire, agent de la société européenne, apparaît mieux encore ici : le règlement opère une véritable distribution des compétences notariales internationales, veillant ainsi lui-même au maillage notarial du territoire européen et à la prévention de toute « litispendance » entre les notaires. L'inscription des certificats successoraux européens dans des registres nationaux (comme en Belgique le registre central successoral), interconnectés par l'intermédiaire de l'ARERT (Association du Réseau Européen des Registres Testamentaires), permet de rendre véritablement opérant ce partage de compétences et la collaboration notariale internationale qu'il induit.

- il complète son information d'office, si son droit national l'y autorise, ou auprès du demandeur (*ibid.*) ;
- il décide « d'accepter d'autres moyens de preuve » si le demandeur « n'a pas pu produire des copies des documents pertinents répondant aux conditions requises pour en établir l'authenticité » ;
- il recueille auprès des autorités des autres États membres (registres fonciers et de l'état civil notamment) « les documents et les faits pertinents pour la succession ou pour le régime matrimonial ou un régime patrimonial équivalent du défunt » (art. 66, § 5²⁸) ;
- il informe les « bénéficiaires » de la demande de certificat²⁹, et il procède à des annonces publiques « visant à donner à d'autres bénéficiaires éventuels la possibilité de faire valoir leurs droits » (art. 66, § 4) ;

4° il délivre enfin « sans délai » le certificat, sur le formulaire établi en exécution de l'article 67, § 1^{er}, du règlement³⁰, et prend toutes les mesures nécessaires pour informer les « bénéficiaires » de la délivrance du certificat (art. 67, § 2)^{31 32}.

La délivrance du certificat correspond à un acte de juridiction gracieuse qui (tout autant que le refus de délivrance) suit une procédure. Il est susceptible de recours, comme il peut au reste donner lieu à retrait ou rectification (art. 71 à 73). Le notaire y est posé en autorité, disposant de pouvoirs, agissant à l'identique des autorités et des juridictions désignées pour accomplir les mêmes fonctions sur le territoire des autres États membres. Il n'est pas un fonctionnaire de droit belge, ou un agent de l'État belge, mais un fonctionnaire de droit international, du moins européen, dont la compétence est arrêtée par le droit européen lui-même (art. 64).

Sans doute parce que les règlements européens ont un effet direct, et qu'ils viennent directement s'emboîter dans l'appareil législatif national³³, le législateur belge a pris le parti de ne pas établir de loi de transposition des dispositions réglementaires européennes afférentes au certificat comme il avait pu le faire par contre pour le testament à forme internationale. Tout au plus sait-on que c'est le

²⁸ Ces autorités sont tenues de déférer à sa demande si, en vertu de la législation qui leur est applicable, elles sont en pareil contexte autorisées à fournir de telles informations à leurs propres autorités nationales.

²⁹ Le terme « bénéficiaire » doit s'entendre à la lumière de l'article 23, § 2, litt. b, qui précise le domaine de la loi applicable à la succession : il « tend à englober les héritiers et les légataires, ainsi que les héritiers réservataires » (considérant 47 du règlement).

³⁰ Ce formulaire figure en annexe 5 (formulaire V) du règlement d'exécution cité à la note 24 qui précède. Son contenu est détaillé à l'article 68 du règlement. Il comporte un certain nombre d'annexes dont certaines sont obligatoires, selon les éléments qu'il s'agit de certifier.

³¹ Ce terme vise, rappelons-le, les héritiers et légataires, ainsi que les éventuels héritiers réservataires (considérant 47).

³² Le notaire conserve l'original du certificat et en délivre des « copies conformes » « à toute personne justifiant d'un intérêt légitime » (art. 70, § 1^{er}). Il conserve la liste des personnes « qui se sont vu délivrer des copies certifiées conformes » du certificat, et doit indiquer sur chaque copie conforme sa date d'expiration, laquelle est, sauf prolongation décidée par lui « [d]ans des cas exceptionnels dûment justifiés », fixée en principe à six mois.

³³ Art. 288, al. 2, TFUE.

notaire qui a été désigné par le gouvernement belge comme étant l'autorité habilitée à émettre le certificat³⁴. La forme de celui-ci n'est pas autrement réglée que par les dispositions européennes elles-mêmes, de sorte que le recours à l'acte authentique (ou à l'acte de dépôt au rang des minutes d'un notaire) devient ici dispensable. Cette dispense – et donc l'habilitation donnée au notaire d'établir directement, sur une feuille libre, le certificat successoral européen en respectant le modèle, et de le signer en y apposant son sceau³⁵ – démontre à nouveau que le notaire est l'acteur direct des relations internationales, par un instrument détaché de l'authenticité du droit belge pour obéir à ses propres solennités, ses propres canons de rédaction et dès lors aussi ses propres causes de nullité.

Le certificat successoral européen trouve pour le surplus une place harmonieuse dans l'ordre juridique belge. Le Code civil prévoit son inscription, de même que celle de ses rectifications, modifications et retraites, dans le registre successoral central (art. 4.126, § 1^{er}, 2^o et 3^o, ainsi que les données à inscrire, visées à l'article 4.127, § 1^{er}), et il ne paraît pas difficile, dans la pratique, d'y joindre, lorsqu'il doit être produit en Belgique, une attestation portant sur l'accomplissement des formalités prévues par les lois-programmes des 29 mars 2012, articles 157 à 163, et 22 juin 2012, articles 20 à 22 et 35, rendant obligatoires des procédures de notifications fiscales et sociales préalablement à l'établissement d'un acte ou certificat d'hérédité et à la délivrance d'expéditions de ces actes. D'aucuns songent même qu'il puisse, à l'instar d'un acte d'hérédité de droit belge, spécialement établi dans la perspective d'une mutation immobilière, être transcrit dans les registres de l'Administration générale de la documentation patrimoniale. Il n'y aurait rien de saugrenu à cela, dès l'instant qu'aux termes de l'article 62, § 3, du règlement, le certificat, une fois délivré, produit dans l'ordre juridique de provenance tous les effets qu'il déploie à l'étranger, et qu'aux termes de son article 69, § 5, le certificat « constitue un document valable pour l'inscription d'un bien successoral dans le registre pertinent d'un État membre, sans préjudice » toutefois à la compétence exclusive que le règlement reconnaît aux États pour régler « la nature des droits réels » qui s'exercent sur les biens situés sur son territoire (art. 1^{er}, § 2, litt. k) et « toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre » (*ibid.*, litt. l). La possibilité de transcrire un CSE s'accroît en Belgique depuis l'introduction de l'acte constatant l'acquisition de

³⁴ Art. 78, § 1^{er}, litt. c, du règlement.

³⁵ Le sceau du notaire, qui sert en principe aux grosses et aux expéditions des actes qu'il reçoit, en droit belge (art. 27, L. Vent.), permet aussi l'authentification du certificat, en exécution directe des prescriptions du règlement d'exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Le modèle arrêté, pour ce qui concerne le certificat (annexe 5, formulaire V), prévoit l'apposition sur le certificat et les copies conformes qui en sont délivrées de la « signature » et/ou du « cachet » de l'autorité émettrice.

droits réels immobiliers pour cause de mort³⁶, et ne paraît plus susciter qu'une difficulté de forme, dès lors que l'acte doit contenir toutes les mentions prescrites à l'article 4.59 du Code civil, de même que celles requises, pour la désignation des parties et des biens faisant l'objet de l'acquisition à cause de mort, par les articles 139 et suivants de la loi hypothécaire. Mais cette difficulté est surmontable : il suffit que le CSE soit, *necessitatis causa*, déposé au rang des minutes d'un notaire, l'acte de dépôt y ajoutant alors les mentions prescrites pour sa transcription^{37 38}.

4. LES AUTRES CERTIFICATIONS NOTARIALES INTERNATIONALES

Le notaire reçoit d'autres occasions d'émettre des certificats sur un modèle arrêté de manière uniforme à l'échelle internationale (principalement européenne). Il s'agit cependant ici moins d'actes que de certificats annexes, joints à l'acte, et qui sont destinés à en appuyer la force probante et/ou la force exécutoire, c'est-à-dire, dans le langage employé par le droit européen, les « effets juridiques contraignants » sur le territoire de tous les États membres ou parties. Ces certificats ne contiennent donc pas, au contraire du testament en la forme internationale ou du certificat successoral européen, l'acte juridique lui-même, mais sont plutôt des annexes à l'acte. Ils n'en permettent pas moins au notaire de parler une langue commune à celle de ses homologues des autres États membres ou parties à la convention, et de faciliter ainsi la circulation internationale des actes et la coopération notariale internationale.

³⁶ Art. 3.30, § 1^{er}, 7^o, et 4.59, § 4, al. 4, C. civ.

³⁷ Voy. à cet égard, sur les limites à l'accès du certificat aux registres fonciers qui découlent de la compétence réservée des États de régler « toute inscription dans un registre de droits immobiliers ou mobiliers, y compris les exigences légales applicables à une telle inscription, ainsi que les effets de l'inscription ou de l'absence d'inscription de ces droits dans un registre » (art. 1^{er}, § 2, litt. I), C.J.U.E., 9 mars 2023, aff. C-354-21, *R.J.R.*, ECLI:EU:C:2023:184, qui décide, en référence au refus des autorités lituaniennes de transcrire un CSE en provenance d'Allemagne, pour le motif qu'il ne détaillait pas le bien objet de la mutation au vœu de la législation lituanienne, que le règlement européen sur les successions « ne s'oppose[...] pas à une réglementation d'un État membre prévoyant que la demande d'inscription d'un bien immobilier dans le registre foncier de cet État membre peut être rejetée lorsque le seul document présenté à l'appui de cette demande est un certificat successoral européen qui n'identifie pas ce bien immobilier ». Le CSE (qu'il provienne d'un notaire belge ou d'une autorité étrangère) pourrait aisément, en Belgique, être déposé au rang des minutes d'un notaire.

³⁸ L. BARNICH voit une autre difficulté à la transcription du CSE, en Belgique, comme acte destiné à constater une mutation immobilière à cause de mort. Il est dans la validité limitée, dans le temps, des copies conformes que l'autorité émettrice délivre du certificat (*supra*, note 32) : la copie d'un certificat limitée à six mois ne pourrait produire les effets éternels postulés d'un acte transcrit (« L'acte d'hérité à destination immobilière », in L. BARNICH et M. VAN MOLLE (dir.), *Évolutions récentes du droit patrimonial de la famille*, Limal, Anthemis, 2023, p. 186). Mais le certificat est un acte instantané : il épuise ses effets au moment de sa délivrance, et il suffit qu'ils soient en cours de validité au moment de la transcription pour pouvoir être utilement transcrit (comme le serait du reste une modification, une rectification ou un retrait ultérieur s'il devait advenir). Qui plus est, si le notaire voulait couvrir sa responsabilité, il pourrait demander à l'autorité émettrice de prolonger, pour cette circonstance exceptionnelle, la durée de validité de la copie (art. 70, § 3) – mais cela ne nous paraît pas nécessaire.

Le plus connu est le titre exécutoire européen (ou *certificat* de titre exécutoire européen), réglé en exécution du règlement (CE) n° 805/2004³⁹, par lequel le notaire ayant reçu un acte constatant une créance incontestée de somme d'argent certifie que cet acte déploie sa force exécutoire sur le territoire de tous les États membres de l'Union, et qu'il est apte à y fonder des mesures conservatoires et d'exécution sans qu'il soit besoin d'aucune procédure, et sans qu'il soit possible pour le débiteur de s'opposer à son exécution⁴⁰. Le certificat est délivré sur un modèle uniforme, permettant sa compréhension directe par l'autorité destinataire⁴¹. La délivrance de ce certificat pose, ici encore, le notaire en autorité quasi juridictionnelle, exerçant à charge de recours une fonction de juridiction gracieuse (et même en l'espèce quasiment contentieuse, puisque susceptible de tierce opposition). Ayant vérifié qu'il est saisi d'une demande, que cette demande entre dans le champ d'application du règlement, et que l'acte qu'il a reçu contient une créance incontestée, c'est-à-dire une créance à laquelle le débiteur s'est authentiquement obligé, portant sur une somme d'argent, le notaire remet au créancier, en même temps que l'expédition de l'acte, un certificat coulé dans le formulaire-type, qui pourra être rectifié, ou retiré, si les conditions de délivrance n'en étaient pas réunies⁴².

D'autres certificats de ce type existent : ainsi celui, destiné lui aussi à appuyer la force exécutoire de l'acte notarié « en matière civile et commerciale », prévu à l'article 60 du règlement Bruxelles *Ibis* ((UE) n° 1215/2012, annexe II), celui appuyant la force exécutoire de l'acte notarié constatant une obligation alimentaire, prévu à l'article 48, § 3, du règlement aliments ((CE) n° 4/2009, annexes III et IV), celui appuyant la force probante et la force exécutoire d'un acte authentique relatif à la séparation de corps ou au divorce ainsi qu'en matière de responsabilité parentale, prévu à l'article 66 du règlement Bruxelles *II-ter* ((UE) n° 2019/111, annexes VIII et IX)⁴³ et, *last but not least*, ceux desti-

³⁹ Ce règlement a été cité *supra*, note 5.

⁴⁰ Ces deux dernières précisions figurent à l'article 25, § 2, du règlement n° 805/2004 : « [u]n acte authentique certifié en tant que titre exécutoire européen dans l'État membre d'origine est exécuté dans tous les autres États membres *sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de s'opposer à son exécution* » (nous soulignons). Voir aussi les termes de l'article 1^{er} du règlement, qui décrit son objet : « [l]e présent règlement a pour objet de créer un titre exécutoire européen pour les créances incontestées en vue, grâce à l'établissement de normes minimales, d'assurer la libre circulation des décisions, des transactions judiciaires et des actes authentiques dans tous les États membres, *sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'État membre d'exécution* préalablement à la reconnaissance et à l'exécution » (nous soulignons à nouveau).

⁴¹ Le formulaire du certificat est réglé en annexe III au règlement (CE) n° 1869/2005 de la Commission du 16 novembre 2005 « remplaçant les annexes du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ».

⁴² Art. 10 du règlement, prévoyant notamment le retrait « s'il est clair que le certificat a été délivré indûment », rendu applicable aux actes authentiques par l'article 24, § 3. Voy. en général notre contribution avec J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'acte notarié certifié comme "titre exécutoire européen" - Un bref état des lieux en droit belge, anno 2017 », in Ch. BIQUET-MATHIEU et E. BEGUIN (dir.), *Le crédit hypothécaire au consommateur. État de la question*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 497 et s.

⁴³ La délivrance de certificat répond à des conditions et suit une procédure qui assimilent le notaire à une autorité quasi juridictionnelle. Le certificat ne peut notamment être délivré, en matière de responsabilité parentale, « si des éléments indiquent que le contenu de l'acte authentique ou de l'accord est contraire

nés à appuyer la force probante et la force exécutoire de l'acte respectivement, visés aux articles 59, § 1^{er}, alinéa 2, et 60, § 2, du règlement européen sur les successions ((UE) n° 650/2012, annexe 2 (formulaire II) du règlement d'exécution⁴⁴) ainsi que 58, § 1^{er}, alinéa 2, et 59, § 2, des règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ((UE) n° 2016/1103 et 2016/1104, annexe 2 (formulaire II) des règlements d'exécution⁴⁵). Les certificats, de même que les actes qu'ils assortissent, sont bien entendu dispensés de toute légalisation ou formalité analogue pour imposer leur authenticité extrinsèque sur le territoire de l'État requis⁴⁶.

Il n'y a pas que le droit réglementaire européen qui conduise ainsi le notaire à utiliser un instrument commun, compris de tous, pour appuyer la force probante ou exécutoire de l'acte qu'il a dressé. Nous croyons utile d'attirer ici l'attention du monde notarial, même si les mesures d'exécution n'ont pas été prises en Belgique, car il pourrait y avoir là, à notre sens, une disposition ayant effet direct, sur l'opportunité qu'il y aurait pour tout notaire de joindre à l'expédition d'un mandat de protection extrajudiciaire le certificat visé à l'article 38, § 1^{er}, de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Ce certificat, analogue à ceux que véhicule le droit réglementaire européen, indique la qualité du représentant appelé à prendre en charge la protection et les pouvoirs qui lui sont conférés⁴⁷. Sa généralisation serait une belle manière pour le notariat belge de manifester sa présence agissante, et de montrer sa détermination à faire pleinement usage des actes de droit international uniforme⁴⁸.

à l'intérêt supérieur de l'enfant » (art. 66, § 3), et une procédure de rectification ainsi que d'annulation du certificat délivré indûment est prévue (art. 67) : la certification notariale internationale n'est, pareil contexte, pas chose aisée. Elle n'est pas une simple formalité.

⁴⁴ Ce règlement a été cité à la note 24 qui précède.

⁴⁵ Règlement d'exécution (UE) 2018/1935 de la Commission du 7 décembre 2018 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) 2016/1103 du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, et (UE) 2018/1990 de la Commission du 11 décembre 2018 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) 2016/1104 du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁴⁶ Règl. Bruxelles *Ibis*, art. 61 ; aliments, art. 65 ; Bruxelles *Iiter*, art. 90 ; successions, art. 74 ; régimes matrimoniaux, art. 61 ; effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, art. 61.

⁴⁷ « Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé peuvent délivrer à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés ». Le modèle du certificat figure parmi les recommandations adoptées par la Commission spéciale à caractère diplomatique sur la protection des adultes. Son texte est reproduit en page 25 du rapport explicatif sur la convention « protection des adultes » dues au professeur Paul LAGARDE, éd. revue et corrigée par la Conférence de La Haye de droit international privé, 2017.

⁴⁸ Elle est encouragée par la conférence conjointe CE-HCCH sur la Protection transfrontière des adultes vulnérables qui s'est tenue à Bruxelles du 5 au 7 décembre 2018 (concl., n° 11).

5. CONCLUSION

En rédigeant un acte de droit international uniforme, le notaire démontre son aptitude à décloisonner les sociétés juridiques nationales lorsque le besoin s'en fait sentir pour la protection des personnes et de leurs droits. Plus encore, la primauté du droit international ayant effet direct sur les normes législatives internes, et le pouvoir des juges de l'ordre judiciaire d'en assurer le contrôle, affirmés par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski*⁴⁹, qui forment en Belgique le socle fondamental de l'agencement du droit d'origine internationale et du droit d'origine interne dans le règlement des droits des particuliers, aspirent le notaire dans la sphère internationale. Ils brisent le plafond de verre qui le cantonne à la société juridique nationale à laquelle il appartient et le met, par-delà les frontières, à la disposition des particuliers qui s'adressent à lui. Le notaire devient ainsi l'acteur de la construction du monde.

L'on peut gager que le Comité d'études et de législation saura l'encourager dans cette vocation essentielle.

⁴⁹ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, p. 887. « Tout juriste belge qui se respecte connaît l'arrêt *Le Ski*... » (J. VAN MEERBEECK, « L'arrêt *Le Ski* : épée à Bruxelles, bouclier à Strasbourg ? », *J.T.*, 2021, p. 613).

STUKKEN MAKEN DE MAN

Bart VAN DEN BERGH

1. Een procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling houdt noodzakelijkerwijze in dat een minnelijke verdeling niet mogelijk is. Artikel 1207 Ger.W. bepaalt dat, indien niet alle mede-eigenaars met een minnelijke verdeling instemmen, de verdeling *gerechtelijk* geschiedt op vordering van de meest gereede partij ingesteld bij de familierechtbank.

De partijen-deelgenoten slagen zelf niet in de oplossing van hun geschil en verzeilen bijgevolg in een conflictuele logica, waar ze elkaars opponenten worden. Zij betwisten over en weer hun aanspraken, vorderingen of stellingen. Deze betwisting lokt in de regel het gebruik van stukken uit. De eigen verklaringen van een partij gelden immers niet als bewijs. Stukken kunnen in de regel niet “liegen” en zijn precies bestemd om de stellingen van een partij te objectiveren. Stukken vormen de vectoren van de bewijsvoering door de partijen.

2. Een eerste vraag die rijst, is wat moet worden begrepen onder de term *stukken*.

Feit is dat dit begrip, dat in het Gerechtelijk Wetboek ook wordt gehanteerd buiten de context van de procedure van vereffening-verdeling (d.w.z. in procedures los van een gerechtelijke vereffening-verdeling), geen wettelijke definitie kent.

De notie stukken moet zeer ruim worden uitgelegd. Het betreft alle documenten die de rechter moeten *overtuigen* van de stelling of de aanspraak van een partij. Dit geldt evenzeer voor de notaris-vereffenaar, die immers ook zal moeten worden overtuigd van de betwiste aanspraak of stelling (o.a. het verweer tegen een aanspraak of het bezwaar tegen de staat van vereffening) van een partij¹.

Het gaat dus in zekere zin om “bewijsmateriaal”, d.w.z. om gegevens die een of meer concrete bewijselementen inhouden en die kwalificeren als een van de bewijsmiddelen die de wet kent².

Het begrip stuk is niet *a priori* beperkt tot documenten op klassieke papieren dragers. Meer nog, een fysiek voorwerp, zoals een kledingstuk, een juweel, een toonderaandeel, een schilderij, e.d. kan ook een stuk zijn.

¹ Een aantal stukken heeft wettelijke of dwingende bewijswaarde, zoals de (onderhandse of authentieke) *akte*: hier is de rechter in beginsel gebonden door de bewijswaarde die de wet aan het stuk koppelt.

² Er geldt een typendwang of *numerus clausus* inzake bewijsmiddelen, d.w.z. dat de wet (*in casu*: het Burgerlijk Wetboek) limitatief bepaalt welke bewijsmiddelen bestaan in civiele zaken: het schriftelijk bewijs, het bewijs door getuigen, het bewijs door vermoedens, de bekentenis en de eed.

3. De notaris-vereffenaar kan zijn werk, dat finaal moet uitmonden in de opmaak van een staat van vereffening met een ontwerp van verdeling, uiteraard niet starten met een onbeschreven blad.

Opdat de notaris zijn taak zou kunnen vervullen moet hij volledig zijn ingelicht en de stellingen van de partijen ook kennen³. Hij neemt ook kennis van de twistingen en zal hierover standpunt moeten innemen in de staat van vereffening (desgevallend ook later in zijn advies of opmerkingen over de bezwaren tegen de staat van vereffening).

De wet spreekt zeer duidelijk van aanspraken “en stukken” (art. 1218, § 1, lid 2 Ger.W.) die door de partijen aan de notaris-vereffenaar moeten worden medegedeeld.

Ook in diverse andere wetsbepalingen inzake de procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling wordt verwezen naar (de) stukken.

Artikel 1215 Ger.W. bepaalt o.a. dat partijen bij het opmaken van het proces-verbaal van de opening van de werkzaamheden worden aangemaand om alle inlichtingen en *stukken te bezorgen die nuttig zijn voor het vervullen van zijn opdracht*.

De notaris kan daarnaast ook alle relevante informatie en *stukken* bij partijen of derden opvragen, overeenkomstig artikel 1214, § 4 Ger.W.⁴

4. Hoewel de partijen uiteraard steeds kunnen vragen dat de notaris-vereffenaar bepaalde informatie of stukken zou opvragen, is het de notaris zelf die autonoom over de noodzaak hiertoe beslist.

De notaris-vereffenaar heeft niet alleen een door de wet erkende onderzoeksbevoegdheid, hij heeft bovendien een soeverein appreciatierecht over de informatie die hij meent nodig te hebben om zijn opdracht te kunnen vervullen.

De notaris-vereffenaar kan niet door de partijen gedwongen worden om bepaalde informatie of stukken op te vragen, maar anderzijds kan een partij hem ook niet het verbod opleggen om zelf actief op zoek te gaan naar gegevens die hij meent nodig te hebben, in zoverre dit althans binnen de contouren blijft van het voorwerp van de aanspraken en van de geschilpunten⁵.

³ Gent 13 november 1998, *AJT* 1999-2000, 305.

⁴ In de verhouding tot de partijen wordt hiermee benadrukt dat ze een *medewerkingsplicht* aan de bewijsvoering hebben, zodat de notaris-vereffenaar zijn opdracht met bekwame spoed kan afwerken; zie o.a. Gent 26 mei 2016, *T.Not.* 2016, 499, dat de toepasselijke regels in herinnering brengt.

⁵ B. VAN DEN BERGH, “Bewezen of niet: that’s the question. Bewijsperikelen in de gerechtelijke vereffening-verdeling”, *NFM* 2022, 82-97.

Deze bevoegdheid van de notaris-vereffenaar mag niet verkeerd begrepen worden: het wettelijk kader verleent de notaris-vereffenaar de mogelijkheid op zoek te gaan naar bepaalde stukken en machtigt hem om te spitten naar bepaalde gegevens, maar het vormt geen afdwingbare verplichting. Het is een *tool* voor de notaris-vereffenaar, maar geen *last* die de partijen kost wat kost op zijn schouders kunnen leggen. Een onderzoeksbevoegdheid kan niet verworden tot een onderzoekspllicht⁶.

5. Bij de denkoefening of hij zelf moet ingrijpen in de bewijsgaring moet de notaris-vereffenaar het *recht op bewijs* eerbiedigen⁷. Het recht op bewijs betreft het recht van elke procespartij om enerzijds de bewijzen waarover zij beschikt voor te leggen aan de rechter en anderzijds de rechter te verzoeken dat de bewijzen waarover zij nog niet beschikt, zouden worden vergaard aan de hand van de nodige onderzoeksmaatregelen⁸.

Uiteraard bestaat er een spanningsveld tussen het recht op bewijs en de zgn. *bewijsvoorzorgspflicht* die op elke partij zelf rust: partijen hebben de verantwoordelijkheid om te gelegener tijd zelf relevante bewijzen te verzamelen of bewijsstukken op te stellen. Slechts bij daadwerkelijke en niet toerekenbare *bewijsnood* kunnen onderzoeksmaatregelen bevolen worden⁹. Volledigheidshalve dient aangestipt dat in het uitzonderlijke geval dat de notaris-vereffenaar ten onrechte weigert informatie op te vragen met miskenning van de bewijsnood (en van het recht op bewijs) of weigert een tussentijds proces-verbaal met toepassing van artikel 1214, § 4 Ger.W. neer te leggen voor de partij in kwestie een *rechtstreekse toegang tot de rechter* openstaat¹⁰. Omgekeerd wordt het recht op bewijs niet miskend indien een onderzoeksmaatregel, zoals de overlegging van stukken, wordt geweigerd omdat de partijen in kwestie zelf tekortschieten aan hun bewijs(voorzorgs)plichten of aan andere aspecten van hun partijwerkzaamheid: in die hypothese is er ook geen sprake van bewijsnood en is het gebeurlijke bewijs- of informatiedeficit aan deze partijen ook toerekenbaar. Toerekenbaarheid van een verzuim impliceert een fout of een onzorgvuldigheid, die haaks staat op een helpende hand van de notaris-vereffenaar.

6. Het overhandigen van een “berg” stukken aan de notaris-vereffenaar is niet de bedoeling.

De partijen moeten hun stukken ordenen en nummeren en ook een inventaris opmaken van de aangewende stukken (art. 1222, § 1 Ger.W.).

⁶ B. VAN DEN BERGH, “Het bewijs in de notariële fase van de procedure van vereffening-verdeling en de rol van de notaris-vereffenaar” in *Huldeboek Nan Torfs*, Brugge, die Keure, 2022, 103-129.

⁷ Zie o.a.: Cass. 18 maart 2021, *P&B* 2021, 123.

⁸ Cass. 11 september 2020, *TBO* 2020, 515; Cass. 25 september 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1424; Antwerpen 28 januari 2013, *RW* 2014-15, 306.

⁹ Antwerpen 12 maart 2019, *T.Not.* 2019, 837; Antwerpen 14 maart 2018, *T.Not.* 2018, 535; Antwerpen 29 maart 2017, *TEP* 2017, 296.

¹⁰ Cass. 10 maart 2022, *T.Not.* 2022, 621.

In essentie valt de *inventarisatieplicht* uiteen in een aantal *sub*plichten:

- de *selectieplicht*: enkel de stukken die nodig zijn om een aanspraak of een stelling (verweer, bezwaar ...) te staven mogen worden overgemaakt;
- de *omschrijvingsplicht*: elk stuk moet worden omschreven, naar de aard van het stuk (bestelbon, factuur, mail, brief, schuldbekentenis, overeenkomst ...), de auteurs of ondertekenaars van dit stuk en de eventuele datum;
- de *nummeringsplicht*: elk stuk moet worden genummerd, zodat er gemakkelijk kan naar verwezen worden, zowel door de partijen, maar ook door de notaris-vereffenaar (in het overzicht van aanspraken, de staat van vereffening ...);
- de *oplijstingsplicht*: elk stuk moet volgens zijn nummer en omschrijving opgenomen worden in de lijst der stukken, die in het gemeen procesrecht de inventaris van de stukken wordt genoemd¹¹.

Deze werkwijze verhoogt de efficiëntie bij de controle van deze stukken door de notaris-vereffenaar¹².

Ook zijn er bewijsrechtelijke implicaties: aangenomen wordt dat de inventarisatie van stukken een feitelijk *vermoeden* oplevert dat de stukken, vermeld in de inventaris of lijst der stukken, ook medegedeeld zijn. *A contrario* worden de stukken die niet vermeld zijn in de inventaris geacht niet te zijn medegedeeld¹³. Het betreft hier evenwel een weerlegbaar vermoeden, zodat het tegenbewijs van (tijdige) mededeling van de stukken nog steeds kan worden geleverd¹⁴.

7. In de regel worden enkel de stukken die in de inventaris voorkomen en die tijdig en vormelijk correct werden meegedeeld bij de verrichtingen voor de notaris-vereffenaar in aanmerking genomen¹⁵.

8. Het kan alleszins niet de bedoeling zijn dat de partijen een niet-exhaustieve opsomming van stukken geven en aan de notaris-vereffenaar vragen om de vermogensstromen te berekenen.

Ook kan men niet verwachten dat de notaris-vereffenaar uit de stukken alle geldbewegingen distilleert die aanleiding zouden kunnen geven tot een aanspraak of een vergoeding. De stelling van een partij dat haar aanspraak blijkt *uit de voorgelegde boekhouding of uit alle voorgelegde stukken* kan niet worden aanvaard: dit legt een onderzoeksplicht op de schouders van de notaris-vereffenaar

¹¹ In het notarieel procesrecht van de rechtspleging van gerechtelijke vereffening en verdeling heeft de wetgever mogelijk bewust de term *inventaris* weggelaten, om geen begripsverwarring te scheppen met de *boedelbeschrijving*, die ook vaak (weliswaar conceptueel onzuiver) inventaris wordt genoemd.

¹² B. VAN DEN BERGH, “Aanspraken, stukken en opmerkingen in de procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling”, *T.Not.* 2021, 201-222.

¹³ Zie ook Cass. 7 februari 2014, *P&B* 2014, 63.

¹⁴ E. BREWAEYS, “De inventaris van de stukken”, noot onder Cass. 30 oktober 1997, *P&B* 1998, 273; Gent 10 september 2013, *P&B* 2014, 70; Rb. Namen 17 december 1993, *JT* 1994, 421.

¹⁵ B. VAN DEN BERGH, “Wie is er bang van de actieve notaris-vereffenaar?” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 107-146, nr. 27.

die niet door de wetgever is gewild. De partijen hebben de taak om, *in concreto*, hun aanspraken te staven met precieze stukken. De ordenings- of selectieplicht van de partijen, gerelateerd aan hun medewerkingsplicht aan de bewijsvoering, maakt dat de notaris-vereffenaar in essentie enkel nog bewijsrechtelijk zal moeten trancheren over de (door de partijen geselecteerde en geordende) stukken, ter staving van precies cijfermatig geraamde aanspraken.

Dat betekent meer concreet dat de partijen niet een doos met documenten of een verzameling dossierkافتen op de bureautafel van de notaris-vereffenaar mogen zetten en het opzoekings- en cijferwerk verder aan hem mogen overlaten¹⁶. Stukken kunnen geen aanspraken vervangen: ze vervullen een *subsidiare* rol en dienen ter staving, ondersteuning of stoffering van een concrete aanspraak.

De *actus probandi*, het overtuigen van de rechter (*in casu*: de notaris-vereffenaar) van een feit of een rechtshandeling die wordt betwist, is de taak van de partijen. Dit belangrijke uitgangspunt wordt trouwens bevestigd in artikel 1214, § 4, eerste lid Ger.W., dat duidelijk stelt dat de mogelijkheid dat de notaris-vereffenaar stukken of informatie opvraagt geen afbreuk doet aan de regels betreffende de bewijslast en bewijsvoering. De eigenlijke bewijshandeling moet door de partijen worden verricht. Wie zijn geschil laat beslechten door de rechter of door de notaris-vereffenaar als eerste rechter moet eerst al zijn kaarten op tafel leggen. De theorie van de bewijslast (en het bewijsrisico) levert daartoe in principe een voldoende stimulans.

9. Er is meer: onbehoorlijk procesgedrag bij de mededeling van stukken kan op autonome wijze worden gesanctioneerd.

Het “overweldigen” van de andere partijen en/of van de notaris-vereffenaar met een spervuur aan documenten of een onoverzichtelijke massa stukken kan worden geweerd krachtens de theorie van het (*proces*)*rechtsmisbruik*.

In een opmerkelijk arrest van 4 maart 2010 besliste het Hof van Cassatie reeds dat het nemen van een conclusie van lamentele kwaliteit als rechtsmisbruik kan worden gekwalificeerd en om die reden uit het debat kan worden geweerd: in voormelde zaak stelden de appelrechters vast dat de door de eiseres neergelegde conclusie enkel een opsomming bevatte van teksten die niet allemaal betrekking hadden op de zaak, delen van conclusies uit andere zaken klakkeloos werden overgenomen zonder enige relevantie in onderhavige zaak, de aangehaalde rechtsleer en rechtspraak er integraal deel van uitmaakten, wat een nader onderzoek van deze rechtsbronnen veronderstelde, terwijl deze gegevens in werkelijkheid oncontroleerbaar zijn, het neerleggen van een dergelijk geschrift een schending van de rechten van verdediging uitmaakt, niet ernstig te noemen

¹⁶ B. VAN DEN BERGH, “Wie is er bang van de actieve notaris-vereffenaar?” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 107-146, nr. 34.

is en indruist tegen alle principes van goede trouw in de procesvoering. Het Hof van Cassatie besliste dat door op die gronden de conclusie van de eiseres uit het debat te weren, de appelrechters te kennen gaven dat de eiseres haar recht van verdediging en haar recht om te concluderen uitoefende zonder redelijk en afdoend belang en op een wijze die kennelijk de perken te buiten gaat van de normale uitoefening ervan door een voorzichtige en zorgvuldige persoon¹⁷. Het is duidelijk dat deze rechtspraak getransponeerd kan worden inzake het overmaken van stukken op een wijze die afwijkt van de beginselen van behoorlijke procesvoering. Kwaad opzet is zelfs geen vereiste¹⁸.

10. Het gebruik door de partijen van stukken in de notariële fase van een procedure van vereffening-verdeling genereert in hoofde van deze partijen een aantal specifieke verplichtingen, zoals blijkt uit de oplijsting in de hierna volgende randnummers.

11. In de eerste plaats is elk stuk dat aan de notaris-vereffenaar wordt overhandigd, onderworpen aan het fundamenteel beginsel van de *tegenspraak*¹⁹. Artikel 1222, § 1 Ger.W. bepaalt dat de partijen *aan elkaar* en aan de notaris-vereffenaar een kopie bezorgen van de stukken die zij in de notariële fase van de gerechtelijke verdeling aanwenden.

12. In hoofde van een partij die stukken aanwendt, geldt bovendien een *inventarisatieplicht*²⁰. Artikel 1222, § 1 Ger.W. bepaalt dat de partijen de gebruikte stukken ordenen, nummeren en in een lijst van de stukken opsommen²¹. Deze verplichting tot inventarisatie van de stukken houdt bijgevolg in dat de stukken genummerd en omschreven worden (met nauwkeurige aanduiding van de aard van het stuk, de eventuele datering of ondertekening ...). Het behoort ook tot de *best practices* dat deze stukken in genummerde volgorde opgenomen of gebundeld worden in een afzonderlijke kaft, farde of map, die de hoofding inventaris [der stukken] draagt. Deze inventarisatieplicht wordt effectief gesanctioneerd, zo blijkt uit de lezing van artikel 1222, § 2 Ger.W. Behoudens akkoord van alle partijen worden immers enkel de stukken die in de lijst van de stukken werden vermeld bij de verrichtingen voor de notaris-vereffenaar in aanmerking genomen. Dit houdt in dat het overmaken van een stapel stukken of een berg gegevens, zonder duiding of zonder dat deze stukken zijn gerelateerd aan een concrete aanspraak, door de notaris-vereffenaar mag worden geweerd (en dus

¹⁷ Cass. 4 maart 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 3, 640.

¹⁸ Zie ook Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N: de sanctie van procesrechtsmisbruik kan erin bestaan dat stukken waarvan de overlegging als abusief wordt aangemerkt uit het debat worden geweerd.

¹⁹ Zie ook art. 736 Ger.W., dat bepaalt dat de partijen hun stukken aan elkaar moeten (mededelen), alvorens er gebruik van te maken.

²⁰ Zie ook art. 742 Ger.W., dat bepaalt dat de partijen hun conclusies neerleggen ter griffie samen met een inventaris van de medegedeelde stukken, waarna zij van deze neerlegging een ontvangstbewijs krijgen.

²¹ Zie ook hoger, randnummer 6.

in wezen ook bewijsrechtelijk worden genegeerd) aan de hand van voormelde wetsbepaling.

13. Belangrijk is ten slotte de *tijdigheidsvoorwaarde* inzake de mededeling van de stukken: deze vereiste kadert tegen de achtergrond van de redelijke termijn die van toepassing is op de procedure van gerechtelijke vereffening en verdeling.

Artikel 1222, § 2 Ger.W. bepaalt dat (behoudens akkoord van alle partijen) enkel de stukken die binnen de termijnen (voor aanspraken, bezwaren, e.d.) werden meegegeeld aan de andere partijen alsook aan de notaris-vereffenaar, bij de verichtingen voor de notaris-vereffenaar in aanmerking genomen worden²². Artikel 1220, § 1 Ger.W. bepaalt dan weer dat, behoudens akkoord van alle partijen of ontdekking van nieuwe feiten of nieuwe stukken van overwegend belang, de notaris-vereffenaar geen rekening houdt met aanspraken, opmerkingen en stukken die na het verstrijken van de met toepassing van artikel 1217 overeengekomen termijnen of de in artikel 1218, § 1 en § 2 bepaalde termijnen zijn aangebracht.

De sanctie van wering moet ambtshalve worden toegepast door de notaris-vereffenaar: dit vereist geen vordering of verzoek tot toepassing van de sanctie door een of meer partijen. Het beschikkingsbeginsel is hier niet van toepassing. Een stilzwijgende verzaking aan de sanctie is niet mogelijk: enkel een deelakkoord kan de weringssanctie voorkomen.

Op deze regel dat het overmaken van stukken onderworpen is aan een strikt tijdspad bestaan weliswaar enkele belangrijke nuanceringen:

- (a) een deel van de stukken inzake de beheersrekening zal per definitie pas na afloop van de aansprakenronde kunnen worden voorgelegd;
- (b) hetzelfde geldt voor stukken ter staving van aanspraken geput uit een boedelbeschrijving opgesteld na het verstrijken van de aansprakentermijnen²³;
- (c) ook moet worden toegelaten dat stukken worden voorgelegd ter bijkomende staving van een aanspraak die wordt betwist om een specifieke reden: het is redelijk genoeg te nemen met het feit dat enkel het “moederstuk” wordt neergelegd ter gelegenheid van de aansprakenronde, aangezien een partij uiteraard onmogelijk kan anticiperen op alle mogelijke betwistingen van deze aanspraak²⁴;
- (d) artikel 1218, § 1, vierde lid Ger.W. bepaalt bovendien dat, in het geval van een deskundigenonderzoek, de partijen over een termijn van 2 maanden

²² Zie art. 1218, § 1 Ger.W.

²³ Antwerpen 22 maart 2022, *T.Not.* 2022, 720.

²⁴ Het *recht van verdediging* als algemeen rechtsbeginsel wettigt dan de voorlegging van bijkomende stukken ingevolge – en als reactie op – een specifiek verweer ter gelegenheid van de opmerkingen die partijen mogen maken op het overzicht van aanspraken.

beschikken te rekenen vanaf de in artikel 1213, § 2 Ger.W. bedoelde mededeling aan de partijen om aan de notaris-vereffenaar en aan de andere partijen hun aanspraken mee te delen met betrekking tot de goederen die aan het deskundigenonderzoek zijn onderworpen dan wel om eventuele eerdere aanspraken omtrent die goederen aan te passen²⁵: de aanspraken of aanpassingen die hier worden bedoeld, houden rechtstreeks verband met de waardering van de goederen die zal gebeuren door de deskundige (dit kan o.a. kaderen in de wens van een partij om een bepaald goed in natura over te nemen, hetgeen afhankelijk kan zijn van de waardering van dat goed door de deskundige)²⁶;

- (e) ten slotte geldt dit ook voor nieuwe ontdekte stukken die met toepassing van de speciale procedure *ex* artikel 1219 Ger.W. in het debat zijn gebracht.

14. Er is *a priori* geen beletsel tegen het feit dat stukken in gedematerialiseerde vorm worden medegedeeld aan de notaris-vereffenaar (en aan de partijen).

Dit kan met een USB-stick, al is dit instrument af te raden vanuit veiligheidsoverwegingen en omwille van de inherente gevaren inzake virussen, malware, e.d. Een elektronische toezending (klassieke mail met pdf, Winzip, WeTransfer ...) lijkt dan eerder aangewezen.

Artikel 32*ter* Ger.W. biedt een juridische grond voor een elektronische wijze van mededeling van stukken. Ook artikel 1.5 BW (ingevoerd bij wet van 28 april 2022 houdende boek 1 “Algemene bepalingen” van het Burgerlijk Wetboek) voorziet eveneens expliciet in digitale kennisgeving.

Uit de schaarse gepubliceerde rechtspraak in dat verband blijkt dat ook de rechtspraak zich kennelijk vrij soepel opstelt: een Excel-bestand, overgemaakt bij de opening van de notariële werkzaamheden, met (1) zorgvuldige opgave van (a) de activa en passiva dan wel de samenstelling van de ontbonden huwelijksgemeenschap en postcommunautaire onverdeeldheid, (b) de vergoedingsrekeningen en de beheersrekening en (c) de te verdelen elementen en de concrete toebdeling en (2) met onder de bedoelde aanspraken bij wijze van tabs de bijhorende stukken overeenkomstig de geïnventariseerde opgave, kan volgens het hof van

²⁵ Deze termijn staat volledig los van de in artikel 1218, § 1, tweede en derde lid Ger.W. bepaalde algemene termijn (Gent 18 november 2021, *T.Not.* 2022, 434; Ch. DECLERCK en S. MOSSELMANS, “Een nieuw draaiboek tot gerechtelijke vereffening-verdeling in het licht van de wet van 13 augustus 2011”, *RW* 2011-12, 1458).

²⁶ Daarentegen zijn/blijven de algemene aanspraken die geen rechtstreeks verband houden met de waardering van de goederen door de deskundige onderworpen aan de algemene termijnen van twee maand te rekenen vanaf de boedelbeschrijving dan wel het proces-verbaal van verzaking aan de boedelbeschrijving (S. DEVOS, “De kalender of de instaatstelling in de procedure van de gerechtelijke vereffening-verdeling en de gewijzigde regels inzake de devolutieve werking van het hoger beroep in het kader van deze procedure” in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Brugge, die Keure, 2012, 15).

beroep te Gent voldoen als “mededeling van aanspraken en stukken” in de zin van artikel 1218, § 1, tweede lid Ger.W.²⁷

Een pdf-document of een USB-stick kan ook een stuk uitmaken, of – beter uitgedrukt – kan een geldige drager zijn van *stukken*. De notaris-vereffenaar kan echter oordelen dat hij een uitgeprinte versie wil van de betreffende stukken: de partijen kunnen niet verwachten dat de notaris-vereffenaar deze louter materiële taak voor zijn rekening neemt. Het maakt deel uit van de regel van de *partij-werkzaamheid* dat elke partij zelf de kosten draagt of andere bijkomende inspanningen levert verbonden aan het gebruik van haar stukken²⁸. Voormeld beginsel houdt in dat de partijen zelf de nodige bewijzen dienen te verzamelen en hiervoor alle mogelijke inspanningen moeten leveren²⁹. Het is de notaris anderzijds wel toegelaten om te oordelen op basis van een USB-stick, pdf-documenten of andere dragers van stukken. De notaris-vereffenaar beslist zelf welke wijze van overhandiging van stukken hij verkiest.

15. Geen enkele wetsbepaling schrijft voor dat de stukken door de partijen in *origineel* moeten worden overgemaakt, wel integendeel³⁰.

In zekere zin is een kopie zelfs aan te raden om te vermijden dat bij verlies van originelen naderhand discussie zou ontstaan over het ontbreken van een origineel. Vooral voor (onderhandse) akten is dit relevant.

Indien geen betwisting bestaat over de kopie is er geen enkel probleem. Indien er betwisting bestaat over de kopie moet het origineel kunnen worden vertoond. Indien het origineel niet meer bestaat (en de kopie het enige stuk is) heeft deze kopie bewijsrechtelijk slechts de waarde van een *begin van bewijs door geschrift* of, nog minder, zelfs van een *louter (feitelijk) vermoeden*, met name indien diegene aan wie de kopie wordt toegeschreven, ontkent dat het geschrift of de handtekening die op de kopie staat het zijne is. Dit is bewijsrechtelijk relevant uiteraard, aangezien het bestaan van een rechtshandeling met een waarde van meer dan 3.500 EUR. in de regel enkel kan worden bewezen door middel van een *akte* (ondertekend geschrift)³¹. Hiervoor bestaan uitzonderingen, o.a. voor het bewijs van schuldvorderingen (en van eigendomsrecht) tussen echtgenoten, overeenkomstig artikel 2.3.17 BW (art. 1399 oud BW), dat alle bewijsmiddelen toelaat.

16. Ten slotte is op te merken dat de notaris-vereffenaar de stukken niet aan de rechter moet overmaken en deze stukken dus ook niet moet opsturen naar of neerleggen ter griffie.

²⁷ Gent 4 mei 2017, *T.Not.* 2017, 815.

²⁸ Antwerpen 19 mei 2020, *T.Not.* 2021, 595.

²⁹ Antwerpen 29 maart 2017, *T.Not.* 2017, 977.

³⁰ Art. 1222, § 1 Ger.W. is duidelijk: De partijen bezorgen een *kopie* van de stukken die zij in de notariële fase van de gerechtelijke verdeling aanwenden aan elkaar en aan de notaris-vereffenaar. De partijen ordenen, nummeren en sommen deze stukken in een lijst van de stukken op.

³¹ Art. 8.9 BW (zie destijds art. 1341 oud BW).

Dit blijkt duidelijk uit de tekst van de wet. Artikel 1223, § 3, voorlaatste lid Ger.W. bepaalt immers dat indien er bezwaren zijn gemaakt, de notaris-vereffenaar ter griffie een uitgifte neerlegt van het proces-verbaal van de geschillen of moeilijkheden, van zijn schriftelijk advies, van het proces-verbaal van opening der werkzaamheden alsmede van alle navolgende processen-verbaal en van de boedelbeschrijving, een *kopie van de lijst van de stukken* van de partijen en een uitgifte van de staat van vereffening houdende het ontwerp van verdeling bedoeld in artikel 1214, § 7.

Hiervoor bestaan onderscheiden verklaringen. In de eerste plaats heeft de wetgever willen vermijden dat de notaris de stukken zou moeten opsturen met risico van verlies of met aanzienlijke portkosten. Ook de fysieke neerlegging zou heel wat rompslomp met zich meebrengen. Verder heeft men willen vermijden dat de stukken nadien moeten worden teruggestuurd naar de notaris-vereffenaar indien de staat nog aanpassing behoeft. Bovendien leert de ervaring dat de partijen in de regel vaak zelf opnieuw de stukken bijbrengen in de procedure voor de rechter, wat zou leiden tot dubbel gebruik en verwarringsgevaar met de stukken die de notaris-vereffenaar heeft gebruikt.

GETUIGEN

*WAT HEBBEN WIJ NOG GETUIGEN NODIG?*¹

Aloïs VAN DEN BOSSCHE

1. HET EEUWIG EDICT VAN 12 JULI 1611

Het Eeuwig Edict heeft een eerste grote poging ondernomen om in de diversiteit van de testamenten en getuigen enige ordening te brengen in de Zuidelijke Nederlanden. Er waren betreffende testamenten immers verschillende juridische bronnen. Een beroep op het Romeins recht enerzijds en anderzijds de vele costumen, die niet altijd even goed met elkaar overeenstemden, maakten een wettelijke tussenkomst wel noodzakelijk. Er waren zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak uiteenlopende standpunten, waarbij zowel de burgerlijke rechtspraak als de kerkelijke rechters hun inspraak hadden².

De getuigen worden volgens artikel 12 van het Eeuwig Edict vereist om zekerheid te verschaffen over de laatste wil van de testator en deze te behoeden tegen alle invloeden en valsheden waarop hijzelf niet meer kan reageren³. De testator wordt in het Eeuwig Edict ook “*de stervende mens*” genoemd. Blijkbaar een onderscheid tussen het Angelsaksisch recht en ons recht, waar in het eerste een testament vrij vroeg in het leven al gemaakt wordt en in onze contreien eerder het laatste moment wordt afgewacht.

Het testament moet op straffe van nietigheid verleden worden voor de notaris, pastoor of onderpastoor in tegenwoordigheid van twee getuigen. Indien de plaatselijke costumen van deze regel afwijken dan moeten die gevolgd worden.

Het juiste aantal getuigen is niet echt een principiële kwestie. Het Eeuwig Edict voorziet dat zelfs al schrijven de plaatselijke costumen meer getuigen voor, de aanwezigheid van twee getuigen kan volstaan.

De getuigen moeten beiden effectief én tegelijkertijd aanwezig zijn, minstens met twee, meer mag ook. Het vervangen van de getuigen door een tweede openbare ambtenaar was voorzien in het canonieke recht, niet in wettelijke regeling in de Zuidelijke Nederlanden na het Eeuwig Edict⁴.

¹ Mattheus, 26: 65.

² G. MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611*, Brussel, ARA, 2000, Studia 81, p. 197-210.

³ Eeuwig Edict van 12 juli 1611, “*om daerentusschen te weerhouden de twyffelachtighe ende onzekere gepeynsen vande stervende menschen, ende t' ontgaen alle toemakinghen ende valscheden, daer tegens de overledene niet en connen argureren*” – zie G. MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611*, o.c., p. 199.

⁴ G. MARTYN, *Het Eeuwig Edict van 12 juli 1611*, p. 239.

2. HET JAAR VAN VERMEER

In het Stedelijk Museum van Delft kan de bezoeker het portret bewonderen van notaris Willem Reyerz de Langue (1599-1665). Notaris de Langue was notaris in Delft. Zijn kantoor was achter de Nieuwe Kerk gevestigd, vlak bij de herberg van de vader van Joannes Vermeer. De vader van Joannes Vermeer was niet alleen herbergier, hij was ook kunsthandelaar en sinds 1629 trad hij regelmatig op als getuige in het kantoor van zijn buurman notaris.

Een andere bekende van notaris de Langue was de Delftse portrettist Willem van der Vliet. Die schilderde het voormeld portret van de notaris, misschien wel op aanraden van zijn getuige en buurman, de vader van de thans beroemde Johannes Vermeer⁵.

Dergelijk toeval zal men nu nog zelden tegenkomen. Welke getuigen zal de notaris nog een goed portrettist aanwijzen, nu de wet van 22 november 2022, tot wijziging van de wet van 16 maart 1803⁶, de getuigen, uitgezonderd de attesterende getuigen, zowel uit de Notariswet als uit het Burgerlijk Wetboek heeft verdreven⁷.

Zoals de hogepriesters in het Lijdensverhaal uit het Mattheüsevangelie riepen: “*Wat hebben wij nog getuigen nodig*”, zo riepen sommige auteurs⁸ ook dat de getuigen overbodig waren. Wij kunnen het wel alleen. En de wetgever heeft hen gevolgd⁹.

3. ZE WAREN MET DRIE, NU RESTEN ER NOG TWEE (EN EEN HALF)

Ten eerste zijn er de attesterende of bewijsgetuigen, zoals die voorzien zijn in artikel 11 Notariswet en nog steeds behouden¹⁰. De notaris die de partijen in de akte niet kent, kan een beroep doen ofwel – en dat is tegenwoordig het meest

⁵ A. DE VRIES, “De volmaakte notaris in beeld” in STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP (ed.), *De notaris in woord en beeld*, Amsterdam, 2013, p. 193-229.

⁶ BS 22 december 2022, 98831-98858.

⁷ A. MICHIELSENS, “Wordt het notariaat nu menselijker, sneller en sterker?”, *Nieuwsbrief Notariaat*, jg. 34, nr. 1, p. 1-7.

⁸ P. VAN DEN EYNDE, “Une réforme indispensable de la dictée lors de la réception d’un testament authentique”, *Rec.gén.enr.not.* 2020/5, 199-201; M. PETIT, “Simplification du formalisme relatif aux testaments authentiques et autorisation pour renoncer à certaines successions”, *Info Droits de succession*, nr. 4/2020, p. 10-13.

⁹ Zie de afschaffing van de getuigen, met uitzondering van de attesterende getuigen en de getuigen bij het testament in internationale vorm bij wet van 22 november 2022, BS 22 december 2022, 98832.

¹⁰ G. VAN OOSTERWIJCK, “De bewijsgetuige: een museumstuk – Bedenkingen bij artikel 11 Organieke Wet Notariaat en de notariële praktijk” in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Boungne*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 207-221 (hierna verkort G. VAN OOSTERWIJCK, “De bewijsgetuige”; CSW, Identiteitsgegevens van de getuigen, Art. 12 Organieke Wet op het Notariaat, Verslagen en Debatten, 1999-2000, 808 e.v.; C. DE WULF, “Identiteitsgegevens van de getuigen - artikel 12 Organieke Wet Notariaat”, *T.Not.* 2001, 12.

aangewezen – op in de akte te vermelden “bewijskrachtige identiteitsbewijzen” of uiteindelijk en nog steeds door een beroep te doen op twee hem bekende personen die de vereiste hoedanigheid bezitten om instrumentair getuigen te zijn¹¹.

Daarnaast zijn er de instrumentaire of vormgetuigen zoals die thans omschreven zijn in artikel 10 Notariswet, met betrekking tot het testament in internationale vorm.

Voor het notarieel testament zijn deze getuigen nu afgeschaft.

Ten slotte was en is er nog steeds de “eerbiedige getuige”. Zij zijn niet wettelijk geregeld en worden in de 21e eeuw niet meer opgevoerd. Nochtans is hun aanwezigheid, behalve uiteraard bij testamenten, niet verboden. Eerbiedige getuigen kwamen vroeger tussen in, voornamelijk, huwelijkscontracten om er een meer plechtig karakter aan te geven¹². Het waren meestal (of uitsluitend) de ouders van de aanstaande echtgenoten die, zelfs waar het niet meer vereist was, toch hun instemming betuigden aan de door de kinderen (*sic*) overeengekomen huwelijksvoorwaarden¹³. Zij waren er enkel voor de eer en men kende hun deze eer toe. Zij hadden geen enkele invloed op de geldigheid van de akte.

4. DE EVOLUTIE IN DE GETUIGEN

In oorsprong waren er bij alle notariële akten twee getuigen en bij sommige notariële akten vier.

In het oorspronkelijk artikel 9 van de wet van 25 Ventôse Jaar XI, verder de Ventôsewet, staat: “*Les actes sont reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyen Belge, sachant signer et domiciliés dans l’arrondissement communal où l’acte sera passé.*”¹⁴

In de 19e eeuw was het belang van de getuigen nog vrij groot. Zoals in die tijd een rechter niet alleen recht kon spreken, oordeelde de wetgever dat ook in het notariaat een notaris niet alleen kon optreden. Hoe zou één man kunnen oordelen in zo’n belangrijke zaken of geloofd worden op zijn enkele verklaring?

De verplichte aanwezigheid van een tweede notaris of van twee getuigen wees als het ware aan de notaris een medewerker en een toezichter toe.

¹¹ Art. 11 Notariswet.

¹² H. CARION en J. BROUEZ, *Traité théorique et pratique de notariat*, Brussel, Librairie Polytechnique Decq, 1847, p. 21-22.

¹³ P. WATELET, *La rédaction des actes notariés*, 3e ed., Brussel, Larcier, 1980, p. 125.

¹⁴ Geciteerd uit de aan België aangepast versie, na de Belgische onafhankelijkheid.

Artikel 972 OBW voorzag in de oorspronkelijke versie uit 1804: “*Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaire, en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins.*”¹⁵

De wet voorzag dus enerzijds in twee notarissen of een notaris met twee getuigen, zoals voor elke notariële akte en daarnaast twee extra getuigen omdat het een testament betrof.

Aan de getuigen werden niet al te veel voorwaarden gesteld¹⁶. Zij moesten oorspronkelijk van het mannelijk geslacht zijn, Belgische burger zijn – wat toen ook impliceerde dat ze man moesten zijn, meerderjarig en hun burgerlijke rechten bezaten. Getuigen moesten kunnen ondertekenen, wat in 1804 al een hele vereiste was en toch een zekere kennis veronderstelde. Daarom de uitzondering voor de instrumentaire getuigen op het platteland, waar het bij testamenten kon volstaan dat twee van de vier of één van de twee getuigen tekende¹⁷.

5. NOG MEER GETUIGEN, TOT ZEVEN TOE

Het oorspronkelijk artikel 976 BW voorzag in 1804 dat de akte van neerlegging van het besloten testament moest worden verleden door één notaris in aanwezigheid van zes getuigen!

Indien de testator niet zou kunnen tekenen of niet kon tekenen bij het opstellen van het document dat het besloten testament inhoudt, dan zal men bij de neerlegging van het besloten testament een zevende getuigen roepen die de akte van neerlegging mee moet ondertekenen. In deze akte zal dan melding gemaakt worden van de reden waarom deze getuige werd opgeroepen¹⁸.

¹⁵ D. HEIRBAUT en G. BAETEMAN (eds.), “Cumulatieve editie van het Burgerlijk Wetboek”, dl. I, TPR 2004, p. 2018.

¹⁶ Art. 980 OBW, versie 1804 – Dat getuigen mannen moesten zijn was al in de 15e eeuw een grote discussie, zeker in geval van pest of oorlog. Bij gebrek aan mannen meenden verschillende rechtsgeleerden toen al dat ook vrouwen in aanmerking konden komen om als getuigen op te treden. Zie: W. DRUWE, “De rechtsgeleerde omgang met pestepidemieën”, *Pro Memoria* 2020, afl. 2, p. 95-99. De wetgever in de 15e-17e eeuw was heel praktisch aangelegd. Jammer dat de wetgever in de 21e eeuw zich daar niet op geïnspireerd heeft. Zie ook: G. MARTYN en F. STEVENS, “Testamenten van pestlijders in de Zuidelijke Nederlanden” in G. VAN REYN (ed.), *De pest te Leuven 1634-1636, De kapucijnen en de zorg om de mens*, KU Leuven, Faculteit Theologie en Religiewetenschappen & Vlaamse provincie der Kapucijnen, p. 63-64.

¹⁷ Art. 974 OBW – Deze uitzondering voor het platteland werd opgeheven door de wet van 16 december 1922. Sedertdien moeten alle getuigen kunnen ondertekenen én het ook doen.

¹⁸ Art. 977 OBW – versie 1804.

6. DE WET VAN 16 DECEMBER 1922¹⁹

Deze wet heeft wijziging gebracht aan de artikelen 9, 10, 11, 12 en 4 van de wet van 25 Ventôse Jaar XI en aan de artikelen 154, 971, 972, 974, 975, 976, en 980 van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 977 BW werd toen ingetrokken.

Ingevolge deze wetswijziging werden de getuigen voor de gewone akten afgeschaft. Een notaris of meerdere notarissen konden alleen alle gewone akten ondertekenen. Uitzondering werd nog gemaakt voor testamenten, huwelijkscontracten, schenkingen, contractuele erfstellingen. Daar werd nog de aanwezigheid van twee notarissen voorgeschreven of één notaris bijgestaan door twee getuigen.

Deze getuigen konden van dan af zowel man als vrouw zijn, moesten de Belgische nationaliteit bezitten en meerderjarig zijn. Zij moesten uiteraard in het bezit zijn van hun burgerrechten en niet ontzet zijn uit de mogelijkheid getuigen te zijn.

7. GETUIGEN, ZELFS IN TIJD VAN NOOD²⁰

Het Oud Burgerlijk Wetboek regelde in afdeling II van boek III, titel II, Schenkingen onder de levenden en testamenten de bijzondere regels betreffende de vorm van bepaalde testamenten.

Deze artikelen zijn nagenoeg ongewijzigd hernomen in boek 4, afdeling 3 BW.

Zo kennen we de testamenten van militairen (art. 4.186 BW), testamenten op plaatsen die door besmetting ontoegankelijk zijn (art. 4.187 BW), testamenten gemaakt op zee, gedurende de reis (art. 4.188 BW).

In de meeste gevallen dienen steeds twee getuigen aanwezig te zijn (behoudens het testament van de militair op het slagveld, wanneer die ziek is of gewond, dan kan het testament verleden worden door de geneesheer, gelast met de medische steun aan de eenheid waartoe de testator behoort, bijgestaan door de officier belast met de administratie van het personeel (art. 4.386, 2e lid BW). De testator voor een militair testament moet zich wel te velde, in kwartier, in garnizoen buiten het Belgisch grondgebied of in krijgsgevangenschap bij de vijand bevinden.

Deze twee getuigen moeten bij het opmaken van het testament aanwezig zijn en minstens één van hen moet de akte ondertekenen. Als de tweede niet kan tekenen dient daarvan melding te worden gemaakt met opgave van de reden²¹.

¹⁹ BS 22 december 1922.

²⁰ A. VAN DEN BOSSCHE, "Het authentiek testament in oorlogstijd", *TEP* 2021/2, p. 213-222.

²¹ Art. 4.189, 3^e lid BW.

8. DE GETUIGEN EEN EERSTE MAAL VERWIJDERD UIT DE WET

Bij wet van 30 april 2020 werden door de wetgever maatregelen ingevoerd om het besmettingsrisico bij COVID te beperken²².

De artikelen 971 en 972 OBW werden tijdelijk gewijzigd, waardoor notarissen authentieke testamenten konden verlijden buiten de aanwezigheid van de getuigen. Net of de getuigen het besmettingsgevaar zouden vormen. Zij doen niets, ze zitten daar gewoon te luisteren en te kijken, ze kunnen afstand houden én mogen tekenen met hun eigen pen.

Enige tijd later wijzigde de wetgever opnieuw de vormvoorschriften voor het notarieel testament. Het dictee werd afgeschaft bij wet van 31 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie²³.

Bij die wetswijziging probeerden de indieners van het voorstel²⁴ ook de getuigen voor eens en altijd af te schaffen. Met een minieme motivering kwamen de indieners van het wetsvoorstel 55-1295 tot het besluit: *“De resterende formele aspecten van het authentiek testament, met name de voorlezing en ondertekening zijn niet dermate specifiek aan het testament en kennen hun tegenhangers in de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt voor alle akten, zodat zij op zich niet het beroep op getuigen rechtvaardigen. Bijgevolg wordt de vereiste van de vormgetuigen bij een authentiek testament verlaten. De tussenkomst van een tweede notaris vervalt om dezelfde reden, doch het blijft gelet op de vrije notariskeuze uiteraard steeds mogelijk voor de testator om op vrijwillige basis de tussenkomst van twee notarissen te verzoeken indien hij dit wenst. Dit vloeit voort uit het gemeen recht van de notariswet en behoeft geen bijzondere wetsbepaling in deze context.”*²⁵

Het voorstel werd door de Kamer niet weerhouden. Volgens het verslag vereiste het grondig onderzoek²⁶.

9. HET BEHOUD VAN DE TWEDE NOTARIS BIJ TESTAMENTEN

Hierbij kan men zich de bedenking maken of de tussenkomst van een tweede notaris bij het opstellen van een testament wel iets te maken heeft met de voor-

²² Wet 30 april 2020, *BS* 4 mei 2020, ed. 3, 30.297.

²³ A. VAN DEN BOSSCHE, “De wet van 30 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie”, *T.Not.* 2020, 10, 844-855; P. VAN DEN EYNDE, “Une réforme indispensable de la dictée lors de la réception d’un testament authentique”, *Rec.gén. enr.not.* 2020/5, 199-201.

²⁴ B. SLEGERS en S. VERHERSTRAETEN, Kamer 2019-20, nr. 55-1295/007; M. PETIT, “Simplification du formalisme relatif aux testaments authentiques et autorisation pour renoncer à certaines successions”, *Info Droits de succession*, nr. 4/2020, p. 10-13.

²⁵ MvT, 55 1295/001, p. 58-59.

²⁶ A. VAN DEN BOSSCHE, “De wet van 30 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie”, *T.Not.* 2020, 10, 844-855.

schriften van “*de vrije keuze van notaris*”, waarnaar voorbereidende werken verwijzen om het verlijden van een testament voor twee notarissen te behouden.

De vrije keuze van notaris is groot en geeft aan eenieder het recht een eigen notaris aan te stellen en zijn notariskeuze te allen tijde, meestal kosteloos, soms tegen betaling van de eerst aangestelde notaris van de reeds gemaakte kosten, te wijzigen. Nergens in de wet is voorzien dat een partij twee notarissen kan aanstellen. Artikel 9 Notariswet stelt: “*Behoudens de gevallen waarin is voorzien in de aanstelling van de notaris door de rechtbank, kan elke partij vrij een notaris aanwijzen.*” Er staat duidelijk “*een*”, in het Frans “*un*”. Eén is één en niet twee. Nergens in de rechtsleer²⁷ wordt aangegeven dat men tegelijkertijd twee notarissen kan kiezen. Iedere partij heeft het recht zijn notaris te kiezen en iedere partij heeft tot het aan het ondertekenen van de akte een andere notaris aan te stellen. Deze keuze is dus groot, maar twee notarissen per partij is niet de regel.

Indien men de mogelijkheid om een testament te laten verlijden voor twee notarissen behoudt, zoals het geval in het gewijzigd BW, had men, zoals in Nederland ook de mogelijkheid moeten behouden om een testament op te maken voor één notaris in tegenwoordigheid van twee getuigen. In Nederland is deze mogelijkheid zelfs ook voorbehouden voor de notaris. Als die wil dat er twee getuigen bijkomen, dan is dat de regel en dient de testator zich daaraan te houden²⁸.

10. WAAROM DE GETUIGEN AFSCHAFFEN

De motieven om de getuigen af te schaffen zijn weinig overtuigend. Men deed het tijdelijk experiment tijdens de coronaperiode.

Daarover schrijft de memorie van toelichting van de wet van 22 november 2022²⁹:

“De zesde doelstelling betreft de aanpassing van een aantal bepalingen aan de maatschappelijke evoluties en de veranderingen als gevolg van de COVID-19-pandemie. Zo worden bepaalde archaïsche vereisten, zoals de tussenkomst van vormgetuigen, voor bepaalde akten opgeheven. Die vereisten hadden tijdens de pandemie overigens problemen doen rijzen.”

Met verwijzing naar H. De Page besluit de wetgever: “*De loutere tussenkomst van de instrumenterende notaris – in zijn hoedanigheid van openbaar ambtenaar – volstaat om vast te stellen dat aan de vormvoorwaarden van het authen-*

²⁷ Zie o.m. A. DE BOUNGNE, “De vrije keuze van de notaris, een recht voor partijen, een gegeven voor de notarissen”, *T.Not.* 1981, 4, 129-135; H. CASMAN, *Précis du Notariat*, Brussel, Bruylant, 2011, p. 133.

²⁸ Art. 39 Wet op het Notarisambt Nederland.

²⁹ MvT, Doc. 55 2868/001, p. 8; Verslag namens de commissie voor Justitie, Doc. 55 2868/003, p. 6.

tieke testament is voldaan, zoals dat het geval is voor alle (andere) authentieke akten.”³⁰

Er wordt immers aangenomen dat de getuigen bij een authentiek testament een louter formele taak hebben, wat ook de reden is dat zij in de rechtsliteratuur vermeld worden als “vormgetuigen”. Zij moeten enkel bevestigen dat de voorwaarden die zijn opgelegd in het Burgerlijk Wetboek nageleefd zijn³¹. Deze louter vormelijke rol impliceert ook dat hun taak niet de controle omvat of het door de notaris neergeschrevene overeenstemt met hetgeen de testator heeft uitgedrukt en dat zij dus niet moeten nagaan of het testament een juiste weergave is van de wil van de testator³².

Om die reden, blijkt hun aanwezigheid bij de redactie van een authentiek testament in essentie overbodig. Gelet op de toenemende scholing van de bevolking en de zo goed als alom aanvaarde nutteloosheid van de getuigen (wier geheugen na verloop van tijd kan verslappen, als zij niet intussen zijn overleden), zou het zeker wenselijk zijn hun aanwezigheid te schrappen³³.

Hoe nutteloos (sic) de getuigen ook zijn, ze blijven wel behouden voor het testament in internationale vorm, zoals dit is geregeld bij de wet van 11 januari 1983 houdende goedkeuring van het Verdrag van Washington van 26 oktober 1973, *BS* 11 oktober 1983. De voorwaarden die gesteld waren aan de getuigen voor het notarieel testament blijven dezelfde voor deze getuigen.

Ook voor het geval dat een persoon niet in staat is om te ondertekenen, of niet kan ondertekenen, blind of doofstom is, werden de getuigen afgeschaft en vervangen door de vereiste aanwezigheid van twee samen optredende notarissen³⁴.

Zijn deze motieven wel overtuigend genoeg om de afschaffing van de getuigen te rechtvaardigen? Was de meer grondige studie die bij de eerste poging tot afschaffing vereist werd, wel grondig genoeg?

³⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, o.c.*, tome VIII, vol. II, p. 1044, nr. 889, voetnoot nr. 1.

³¹ MvT, Doc. 55 2868/001, p. 14.

³² MvT, Doc. 55 2868/001, p. 14.

³³ MvT, Doc. 55 2868/001, p. 15.

³⁴ Art. 10 Notariswet, met als motivering: “Er kan niet genoeg aanbevolen worden beroep te doen op het ambt van een tweede notaris in delicate situaties; er kan inderdaad reden zijn om te twifelen aan de waarachtigheid en juistheid van de getuigenissen die vaak maanden of jaren later worden afgelegd door personen die niet de gewoonte hebben van de observatie en de juridische formuleringen” (J. DEMBLON, “L’acte notarié” in *Rép.not.*, deel XI, boek VII, Brussel, Larcier, 2002, nr. 282) – Mvt p. 17 – vraag is echter of men *in extremis* nog wel altijd een tweede notaris zal kunnen vinden. Het is niet zo dat deze tweede notaris een geassocieerd of toegevoegd notaris binnen het kantoor van de eerste notaris mag zijn. Het zal vaak zoeken worden om de tweede notaris te vinden. De getuigen mogen dan misschien niet de gewoonte hebben van de juridische formulering (dat is ook niet nodig), men dient toch vast te stellen dat hun observatie vaak extreem goed is, misschien té goed en beter dan de notaris soms zou willen.

11. STRENGER VOOR OVEREENKOMSTEN DAN VOOR BESCHIKKINGEN OM NIET

Wat verbaast, is dat de wetgever in deze belangrijke materie niet in gelijkaardige duidelijke voorschriften voorziet zoals hij dat doet voor erfovereenkomsten, die vaak een aan het testament gelijkaardige weerslag kunnen hebben op iemands nalatenschap. Hier geen aangetekende brieven, geen vergaderingen, geen mededeling van de mogelijkheid om een extra advies te vragen. Niets van dat. Gewoon “*de uitgedrukte wil*”.

De afschaffing van de getuigen is een materie die bij een eerste bespreking van het afschaffingsvoorstel nog een grondige voorafgaande studie vereiste³⁵.

Als men vaststelt hoe nonchalant notarissen soms omspringen met de wettelijke voorschriften in aanwezigheid van getuigen, hoe zullen ze dit dan wel niet doen als die “pottenkijkers” er niet meer zijn? Zal een vermelding in het testament zelf dat “*het testament door mij, notaris, is opgesteld overeenkomstig de door de testator vrij uitgedrukte wil, hetgeen de testator bevestigt*” wel volstaan om de rechter te overtuigen van de wijze van de “*uitgedrukte wil*”. Zal de ontferde erfgenaam, bij gebrek aan getuigen om zich erover uit te spreken, geen beroep doen op computerspecialisten om alzo te trachten na te gaan of het testament wel werd afgeprint na het uitdrukken van de wil van de testator en niet ervoor?

12. NOCHTANS LEZEN WIJ BIJ ANDERE AUTEURS

De voorbereidende werken van het Burgerlijk Wetboek³⁶ geven duidelijk aan waartoe de getuigen dienen. Er zijn getuigen nodig, zelfs als er twee notarissen zijn, niet omdat de wet de notarissen niet vertrouwt maar omdat een testament doorgaans op het einde van iemands leven wordt opgesteld. Daarom was het nodig dat het aantal getuigen verdubbeld werd om het toezicht te verhogen op de testator die het slachtoffer kan zijn van intrige en beïnvloeding.

Omdat het besloten testament niet gedicteerd werd in aanwezigheid van de getuigen, maar overhandigd aan de notaris onder gesloten omslag, waren nog meer getuigen nodig, getuigen om de testator en zijn vrijheid veilig te stellen, getuigen om toezicht te houden op het document waarvan gezegd wordt dat het “de laatste wilsbeschikking” is³⁷.

³⁵ A. VAN DEN BOSSCHE, “De wet van 30 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie”, *T.Not.* 2020, 10, 844-855.

³⁶ M. LOCRE, *Législation civile; commerciale et criminelle*, Brussel, Tarlier, 1836, p. 355.

³⁷ M. LOCRE, *Législation civile; commerciale et criminelle*, Brussel, Tarlier, 1836, p. 355.

Over de getuigen bij het notarieel testament schrijft W. Pintens³⁸ dat de taak van de getuigen zich beperkt tot het vaststellen van de daadwerkelijke uitvoering van de verschillende voorgeschreven formaliteiten en het garanderen van de vrije wilsuiting van de testator. Voor een vormelijke akte is dit toch een vrij belangrijke opdracht. Deze auteur wijst er ook op dat in Frankrijk de getuigen een uitgebreidere taak hebben. Zij moeten ook kunnen vaststellen dat het gedicteerde overeenstemt met wat werd opgeschreven. In België hebben de rechtspraak en rechtsleer, volgens Pintens ten onrechte, deze opdracht terzijde geschoven.

Over deze “instrumentaire getuigen” schreef C. De Wulf³⁹: “*De instrumentaire getuigen bij een notariële akte zijn geen gewone toezieners maar medeverleners van authenticiteit. Zij staan formeel op dezelfde voet als de werkende notaris. De getuigen vervullen de taak van de tweede notaris die om praktische reden en niet steeds beschikbaar is, vooral in gemeenten waar slechts één notaris gevestigd is.*”

Deze instrumentaire getuigen waken over het formalisme van de akte, zonder zich in te laten met de inhoud ervan⁴⁰. Nu zal het voortaan de notaris zelf zijn die zichzelf controleert.

De notarissen namen het niet altijd even nauw met de vele vormvoorschriften van het notarieel testament⁴¹. De rechtspraak stelde de striktheid van de vormvereisten bij om het testament toch nog te redden en zo de notaris (en vooral de legatarissen) te hulp te schieten. Hierdoor werden het belang en de noodzaak van de getuigen verminderd wat ertoe leidde dat ze nu overbodig werden geacht en daardoor afgeschafte.

Nochtans gaf de aanwezigheid van de getuigen aan dat het om een meer dan bijzondere akte ging: een akte die behoort tot de reeks van de plechtige akten⁴². Wie zijn testament wilde maken wist vooraf dat er een bijkomende controle was door twee getuigen. Niemand maakte daar een probleem over, integendeel, het gaf de belangrijkheid van de onderneming aan. De getuigen stelden de testator vaak gerust en slaagden er vaak in de sfeer van het notarieel gebeuren menselijker te maken. Vaak voelde de testator de nood aan om de getuigen toe te lichten waarom hij de voorgenomen schikkingen trof, voor de notaris en de getuigen vaak een moment om vast te stellen dat het wel degelijk om een wel overdachte beslissing ging, dat het geen bevlieging was, waarvan men later spijt kon krijgen.

³⁸ W. PINTENS, “Topic 52. Notarieel Testament” in A.L. VERBEKE en B. VERDICT (eds.), *Handboek Estate Planning, Erfrecht en Giften*, deel II, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 344-345.

³⁹ C. DE WULF, *Opstellen van notariële akten*, dl. 1, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 42, noot 3.

⁴⁰ P. WATELET, *La rédaction des actes notariés*, 3^e ed., Brussel, Larquier, 1980, p. 124.

⁴¹ M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX en N. GEELHAND, “Overzicht van Rechtspraak – Giften, 1999 – 2011”, *TPR* 2013, afl.1, p. 698-723.

⁴² Wat betekent dat de opgelegde vormvereisten noodzakelijk zijn voor de geldige totstandkoming – L. WEYTS, *Algemeen deel. De Notariswet*, Mechelen, Kluwer, 2018, p. 228-252.

De vereiste van de aanwezigheid van getuigen was voor de notaris vaak een reden om het verlijden van het testament uit te stellen wanneer hij de minste indruk had van druk, beïnvloeding of een of andere bevlieging van de testator. Bedenktijd invoeren, zoals de wetgever het zelf heeft gedaan voor de erfovereenkomsten, kan soms een nuttig procedé zijn.

Het belang van deze bedenktijd, zeker met de enorme impact van de onterving op de situatie van de reservataire erfgenamen⁴³, mag niet onderschat worden. Soms moeten mensen beschermd worden tegen zichzelf binnen de bijna onbeperkte vrijheid die de wetgever hun op vermogensrechtelijk vlak heeft toegekend.

Is de afschaffing wel écht overdacht? Was ze nodig? En was ze nodig op de wijze waarbij ze werd doorgevoerd?

13. FRANKRIJK

In Frankrijk heeft men de aanwezigheid van de getuigen behouden. Daar gaat men er nog steeds van uit dat vormvereisten beschermingsvoorschriften zijn. Hier geeft men aan dat de belangrijkheid van een akte terug te vinden is in de vormvoorschriften die eraan opgelegd zijn. Dat de vereisten voor het testament streng zijn moet niet verwonderen, de gevolgen van een testament zijn vaak zeer groot⁴⁴.

14. NEDERLAND

In Nederland werden de getuigen bij het notarieel testament al afgeschaft in 2003⁴⁵. Artikel 39, lid 2 Wna voorziet echter dat de notaris in alle gevallen de tegenwoordigheid van twee getuigen kan verlangen, indien hij dat wenselijk acht. De reden daartoe kan eenvoudig uit oogpunt van voorzichtigheid zijn.

Wat wel nuttig om weten is dat in Nederland het niet in acht nemen van de vormvoorschriften de uiterste wil niet per se nietig, maar wel vernietigbaar maakt⁴⁶. Er zal maar sprake zijn van vernietiging van de akte indien degene die zich op deze vernietigbaarheid beroept, stelt en bij betwisting aannemelijk maakt dat door niet naleving van het vormvoorschrift enig belang dat door dit vormvoor-

⁴³ CSW – Dossier 4452 – 4452bis – 4452ter – De ontferde of tot zijn reserve herleide reservataire erfgenaam – Impact op de saisine en op de vereffening van de nalatenschap – Taak van de notaris.

⁴⁴ Rapport – Congrès des notaires de France, 2020 – rapport du 116ième congrès – chapitre I, la protection et la confection du testament, n° 2500.

⁴⁵ *Handboek Erfrecht 2020/VI.3.3* – art. 43, lid 2 Wna.

⁴⁶ Art. 4:109, lid 4 BW.

schrift wordt gediend, geschonden is. De Hoge Raad tracht zo een naar de vorm nietig/vernietigbaar testament toch te redden⁴⁷.

15. DE REDDENDE GETUIGEN

Jan Bael geeft in zijn aandachtspunten bij de opmaak van testamenten aan dat de notaris er altijd voor moet zorgen dat het notarieel testament steeds geherkwaliificeerd kan worden als een internationaal testament⁴⁸.

Dit zal nu niet meer mogelijk zijn. Er zijn immers bij een Belgisch testament geen getuigen meer nodig en, zoals bekend, kan bij het testament in internationale vorm de tweede notaris de getuigen niet vervangen.

Het reddingsmiddel van de conversie van een fout gelopen notarieel testament naar een geldig internationaal testament was voor het notariaat én voor de legatarissen een geruststellende oplossing. Deze werd door de ondoordachte afschaffing van de getuigen mee het graf ingestuurd.

Had de wetgever, zoals in Nederland, de notaris de mogelijkheid gelaten om, als hij het nodig acht, toch twee getuigen bij te vragen bij het verlijden van een notarieel testament, dan had men deze hulplijn kunnen openhouden. Nu de afschaffing van de getuigen definitief is, lijkt het absoluut onmogelijk twee personen bij te roepen bij het opmaken van een testament, om te dienen als “getuigen”.

Men had in plaats van de getuigen af te schaffen de getuigen kunnen herwaarderen. De wetgever had strengere eisen aan de getuigen kunnen stellen en tezelfdertijd de getuigen kunnen betrekken in een stappenplan om de bekwaamheid van geest van de testator onherroepelijk vast te leggen op het moment van het verlijden van het testament zelf. Daarmee zou men dan heel wat procedures over deze bekwaamheid kunnen uitsluiten.

Minstens had men, nu het vangnet van het internationaal testament is weggehaald, een nieuwe regeling moeten uitwerken voor de nietigheid of vernietigbaarheid van de notariële testamenten. Dat heeft men nagelaten. Het opstellen van notariële testamenten wordt zonder getuigen nog een moeilijker oefening dan met getuigen.

⁴⁷ ASSER/PERRICK, 4 – 2021/413 – Vernietigbaarheid wegens de niet in achtname van de voorgeschreven formaliteiten.

⁴⁸ J. BAEL, *Enkele aandachtspunten bij de opmaak van testamenten*, VLANOT (FedNot), Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 66.

16. BESLUIT

Een hippe notaris (en waarschijnlijk ook anderen) zullen onze bedenkingen hoogstwaarschijnlijk wat ouderwets vinden. Hoe minder ballast en hoe minder franje en vormvoorschriften hoe beter. We moeten met de tijd mee, het moet vlugger gaan, laat ons alle oude instellingen overboord gooien en meegaan in de flew van de artificiële intelligentie en het “no nonsens”-notariaat.

Voor veel zaken is dit inderdaad de aangegeven weg. Daarom werden in 1922 al de getuigen afgeschaft bij de meeste akten, gevolgd, weliswaar veel later, door de schenkingsakten en de huwelijkscontracten.

Maar toch is een testament een zeer aparte rechtshandeling. Het testament is iets buiten-gewoon. Buitengewone zaken vragen een buitengewone omkadering, al was het maar om aan te geven dat het buitengewoon is. Om de aandacht erop te vestigen dat het uitzonderlijk is en iets meer aandacht vraagt.

Dit maakt een onderdeel uit van onze samenleving, van onze historische groei, van onze identiteit. Belangrijke zaken worden gedaan in aanwezigheid van getuigen. Er zijn niet veel belangrijke zaken meer, maar een testament is dat toch nog steeds. Het laat ons helemaal alleen toe de wettelijke regeling naar onze hand te zetten en dit tot na ons overlijden.

Het afschaffen van de vormgetuigen bij het notarieel testament was het voorwerp van een herexamen. Er moest een grondiger studie voor gedaan worden. Blijkbaar is men dit vergeten.

Wat bedoeld is om het – bepaalde – notarissen gemakkelijker te maken, zal leiden tot een delicatesere opdracht waarbij nog meer voorzichtigheid vereist zal zijn, zowel voor de vorm als voor de inhoud, omdat de gevolgen te groot zijn wanneer men een steek laat vallen.

Misschien had de wetgever, of de inspirerende FedNot, toch het advies moeten vragen van het Comité voor Studie en Wetgeving. Deze honderdjarige denker zou zeker gewezen hebben op gevolgen in de wetgeving die nu over het hoofd gezien werden.

LE RÔLE SOCIAL DÉCOULANT DES DEVOIRS D'INFORMATION ET DE CONSEIL DU NOTAIRE

Pierre VAN DEN EYNDE

INTRODUCTION

Il convient de préciser la portée de ce titre. Il est aujourd'hui évident que le notaire joue un rôle social au sein de la société. Elle a besoin d'aide dans les matières qui relèvent de la mission des notaires.

Le notaire dispose-t-il encore des moyens indispensables pour exercer correctement cette mission. Il est un juriste qui a investi au moins onze ans de sa vie pour réaliser « son rêve » : devenir notaire, car cette profession répond aux objectifs qu'il veut poursuivre, dont les services qu'un notaire rend au citoyen et à l'État. Cet investissement humain est à la mesure de leur motivation.

Actuellement, des enseignants qui aimaient donner cours quittent l'enseignement car la situation actuelle ne leur permet plus d'investir le maximum de leur temps dans l'enseignement. L'augmentation des tâches administratives, les changements de programmes de cours, la réforme de l'enseignement secondaire... ont eu pour conséquence de les démotiver et de les « forcer » à quitter l'enseignement pour un autre secteur d'activité où ils trouveraient plus leur qualité de vie.

Malheureusement, nonobstant le nombre d'années d'études, il convient de constater qu'il y a actuellement des jeunes notaires titulaires qui quittent la profession car ils n'y trouvent plus la qualité de vie qu'ils souhaitent. La cause de leur motivation a disparu, dont notamment les devoirs d'information et de conseil qui participent au rôle social du notaire, le temps nécessaire pour le faire correctement se réduit de plus en plus en raison notamment du nombre de plus en plus important des tâches administratives que l'État demande aux notaires. Il en résulte que ce contact humain avec les « clients » se réduit alors qu'il constitue une source de bien-être pour les notaires qui se sentent utiles.

Malgré la « beauté » de cette profession, il y a de plus en plus d'études qui restent longtemps vacantes faute de candidats.

Cette situation nous interpelle. Le notariat ne serait-il plus aussi attractif malgré le rôle social que le notaire joue au sein de la société, surtout par les devoirs d'information et de conseil ?

I. FONCTION NOTARIALE

La fonction notariale a pris naissance en Italie et en France durant le XIII^e siècle. Elle recouvrait deux volets, d'une part l'officialisation des contrats par la réception d'actes authentiques et, d'autre part, l'élaboration des actes dont les devoirs d'informations et de conseils, la rédaction des conventions authentiques ou sous signature privée... Le droit anglo-saxon ne connaît que le volet de l'officialisation des contrats. Par contre, dans les pays de droit latin, l'élaboration des contrats constitue un volet essentiel de la mission du notaire dont le temps qui y est investi. Il existe des différences quant à l'étendue de ce second volet entre les pays de droit latin. Ainsi, l'étendue des devoirs d'information et de conseil est moins large en droit portugais, les avocats contrairement aux notaires en disposent très largement. Ils sont très développés en droit belge. Il suffit à ce sujet de se référer à la doctrine¹ et aux très nombreuses décisions de jurisprudence².

L'article 1 de la loi de Ventôse définit les notaires comme « les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions ». Il faudrait dans un premier temps en conclure que la mission du notaire se limiterait au volet de l'officialisation des contrats par leur authenticité ainsi que celle de leur date, de leur conservation et de la délivrance des expéditions et grosses. Dans un second temps, il n'est pas douteux que le second volet relatif à l'élaboration des contrats, dont notamment faisaient partie les devoirs d'information et de conseil, rentrait aussi dans la mission du notaire. Ainsi, l'exposé des motifs de cette loi, présenté le 14 ventôse de l'an XI par le Conseiller Réal

¹ H. VANDENBERGHE, « Over notariële aansprakelijkheid », *Notariële actualiteit 2007-2008*, p. 259-263 ; L. CORNELIS et A. RENIERS, « Notariële aansprakelijkheid », *Ius & Actores*, 2007, p. 131-147 ; C. ENGELS, « De bepalingen van de nieuwe notariswet inzake de bevoegheid, de adviesplicht, de uitvoerbaarheid, en andere wettelijk doorgevoerde wijzigingen », in *De nieuwe notariswet, Notariële actualiteit*, 2000, p. 68-70 ; J. BAUGNIET et A. GENIN, « Organisation et déontologie du notariat », *Rép. not.*, tome XI, *Droit du notariat*, p. 57 et s. ; M. BEERENS et L. CORNELIS, « Bedenkingen bij de informatie-, de waarschuwings-, de raadgevings- en de bijstandsverplichting van de notaris », in *Authenticité et informatique*, Congrès des notaires, Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000, p. 219 et s. ; C. BIGUENET-MAUREL, *Le devoir de conseil des notaires*, Paris, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2006 ; R. BOURSEAU, « La responsabilité notariale », in *Chroniques du droit à l'usage du notariat*, Bruxelles, Larcier, vol. 39, 2004, p. 323 et s. ; P. VAN DEN EYNDE, Cl. HOLLANDERS DE OUDERAEN et Ph. BUISSET, « Les fonctions du notariat » in *La loi de Ventôse rénovée*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 7 et s. ; H. CASMAN, « Quelques réflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire », *Rev. not. b.*, 2004, p. 450 et s. ; S. DE JONGHE, *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 9, Brugge, die Keure, academisch jaar 2006-2007, p. 33 et s.

² Cass., 23 mai 1997, I, p. 583 ; Anvers, 2 décembre 1997, *Rev. not. b.*, 2000, p. 23 et s. ; Comm. Charleroi, 30 mars 1999, *Rev. not. b.*, 2002, p. 367 et s. ; Bruxelles, 30 mai 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 720 ; Cass. fr., 26 novembre 2002, *Rev. not. b.*, 2003, p. 537 ; Bruxelles, 12 décembre 2003, *Rev. not. b.*, 2004, p. 486 et s. ; Liège, 16 juin 2003, *Rev. not. b.*, 2003, p. 667 et s. ; Bruxelles, 13 octobre 2004, *Rev. not. b.*, 2005, p. 243 et s. ; Mons, 22 mai 2006, *Rev. not. b.*, 2006, p. 546 et s. ; Civ. Charleroi, 26 janvier 1996, *Rev. not. b.*, 1997, p. 613 et s. ; Cass., 3^e civ., 12 juin 1996, arrêt n° 1080 D. ; Cass., 28 novembre 2002, n° C.01.0353 F ; Civ. Charleroi, 16 mai 2003, *Rev. not. b.*, 2004, p. 475 et s. ; Cass. 1^{re} civ., 24 septembre 2004, p. 214 ; Liège, 15 décembre 2006, *Rev. not. b.*, 2009, p. 209 ; Liège, 1^{er} février 2007, *Rev. not. b.*, 2009, p. 220 ; Cass., 16 avril 2009, C. 07.0520 F/17.

au Corps législatif français définit beaucoup mieux ce que recouvre la mission du notaire : « À côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leurs volontés, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent... » Par ailleurs, l'article 1, alinéa 3, de la loi de Ventôse le précise expressément.

Actuellement, le notaire passe beaucoup plus de temps dans le cadre de l'élaboration des contrats qu'à la réception de l'acte authentique. Les devoirs d'information et de conseil sont devenus de plus en plus étendus et complexes. D'une part, ils visent non seulement les informations et les conseils que le notaire et ses collaborateurs donnent aux parties mais aussi les innombrables formalités avant et après la réception d'un acte authentique. Celles-ci ne font qu'augmenter et absorbent de plus en plus de temps du notaire et de ses collaborateurs malgré les supports informatiques.

II. ÉTENDUE DES DEVOIRS D'INFORMATION ET DE CONSEIL

Ils impliquent obligatoirement une analyse préalable par le notaire et ses collaborateurs, qui résulte de l'écoute du client. Citons sa situation familiale, sa profession, sa situation économique et sociale... L'excellence de cette écoute participe à la qualité de l'information et du conseil. Le droit n'est que l'une des conséquences de l'existence de l'être humain qui vous demande de l'aider.

Pour tout ce qui touche directement ou indirectement l'humain, le notaire, par son écoute et par ses devoirs d'information et de conseil, joue un rôle social très important. Il doit veiller à conseiller le public dans le but notamment de maintenir, voire de recréer la paix au sein des familles. Il participe à une valeur ajoutée essentielle. Le notaire doit veiller aussi à attirer l'attention du public sur les conséquences humaines catastrophiques qu'un acte juridique peut entraîner. Le notaire ne peut être un simple exécutant de la volonté des parties dûment éclairées sur le seul plan juridique. Un acte juridique ne sera « juste » que s'il respecte les valeurs humaines fondamentales de notre société en dehors de toutes considérations philosophiques.

Ce rôle humain est aussi une valeur ajoutée pour le notaire. Il trouve son bonheur notamment en mettant fin à des litiges en matière de partage judiciaire. Le sourire lu à nouveau sur le visage des parties constitue à l'évidence une preuve de cette valeur ajoutée.

Un autre rôle implicite fait surface : un rôle d'équité. Le notaire doit veiller à ce que la convention qu'il authentifie soit équitable, ne soit pas lésive, soit souscrite en connaissance de cause par chacune des parties et comporte pour chacune des droits et des obligations équilibrés. En réalité, ce rôle d'équité est inclus

dans le rôle de conseiller. Mais ce rôle d'équité présente un aspect particulier aujourd'hui : la défense du citoyen face au pouvoir, car vis-à-vis de l'État, des parastataux, des sociétés fédérales, établissements et offices de toutes sortes, le citoyen est parfois un pot de terre face à un pot de fer, la complexité actuelle de notre droit et ses modifications fréquentes n'y sont pas étrangères.

Ce rôle humain de la profession justifie la mission sociale du notaire. Le notaire doit aider les êtres humains à trouver des solutions à leurs « problèmes » juridiques.

À côté de ce rôle humain, le notaire doit veiller à la sécurité juridique de l'opération, cela coule de source pour les parties.

La doctrine et la jurisprudence insistent sur le fait que le terme « conseil » ne traduit pas exactement l'étendue de la mission du notaire. Il fait plus qu'informer et conseiller, même si certaines autres missions du notaire sont reprises dans ses devoirs d'information et de conseil.

Ainsi, l'on peut notamment retenir les missions suivantes :

- Le notaire doit reprendre certaines mentions dans les conventions authentiques ou signature privée qu'il rédige ;
- Le notaire est tenu de procéder à de très nombreuses vérifications ;
- Le notaire doit veiller à protéger le particulier lors de la conclusion des contrats avec un professionnel ;
- Le notaire doit effectuer de nombreuses formalités après la réception d'un acte.

Par ailleurs, le législateur a confié aux notaires de plus en plus de missions visant à décharger l'État d'effectuer celles-ci. Ceci a encore davantage augmenté le temps consacré par le notaire ou ses collaborateurs aux devoirs d'information et de conseil. Citons :

- Les déclarations d'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de renonciation à une succession qui ne doivent plus se faire au greffe du tribunal de première instance du lieu d'ouverture de la succession mais bien devant notaire ;
- Les obligations que le notaire doit remplir lors de l'enregistrement d'un acte authentique ; il doit notamment remplir une fiche (métadonnées) qui reprend l'essentiel des données d'un acte authentique. Il en résulte que le bureau de sécurité juridique ne devra plus le faire et que les éléments fournis par le notaire pourront, le cas échéant, directement être utilisés par le cadastre.

Enfin, le notaire doit prendre charge, car la loi l'impose, des missions qui, en principe, ne relèvent pas de sa compétence mais bien d'experts, alors qu'il doit les expliquer aux parties. Songeons aux certificats de performance énergétique et au contrôle de l'installation électrique. Ceci implique que le notaire prenne connaissance des législations régionales et fédérales qui les concernent.

Il n'est pas douteux que le législateur continuera à charger les notaires d'autres « missions » sans lien direct avec la profession. Les législations relatives à l'urbanisme et à l'environnement en constituent la preuve évidente.

L'obligation d'ordre public d'informer et de conseiller les parties comme le prescrit la loi de Ventôse nous semble de plus en plus difficile à remplir correctement. Il est évident que le notaire peut recourir aux collaborateurs juristes pour l'aider dans l'exécution de ce rôle social. Le citoyen doit avoir l'assurance d'obtenir une information et des conseils indispensables notamment à la sécurité juridique et à la compréhension des actes qu'il va signer. Ceci implique que le notaire puisse compter sur ses collaborateurs et, par conséquent, qu'il ait les moyens financiers pour les payer. Nous y reviendrons.

À la lecture de certaines décisions de jurisprudence reprises ci-avant en note 2, les juges ne semblent pas avoir conscience que ce rôle social en matière d'informations et de conseils des notaires a aussi ses limites. Ils prennent de plus en plus de temps aux notaires et à leurs collaborateurs car leur objet est de plus en plus étendu. Cela implique, jour après jour, une demande de plus grande disponibilité de leur part alors que les heures d'une journée ne sont pas extensibles. Prenons un exemple, l'article 2.3.64, § 3, du Code civil impose au notaire d'indiquer dans la convention matrimoniale « qu'il a attiré l'attention de chacun des époux sur les conséquences juridiques de l'adoption ou non d'une clause de participation aux acquêts ». Ainsi, la loi du 22 juillet 2018 impose aux notaires une nouvelle obligation légale. En matière de patrimoine matrimonial, celle-ci n'existe que pour les clauses de participation aux acquêts et la correction judiciaire en équité. Nous le comprenons parfaitement ; toutefois, en pratique, le notaire et ses collaborateurs devront une nouvelle fois consacrer une partie de leur temps pour le faire. Ne soyons pas dupes, il est trop simple d'imposer encore et encore de nouvelles obligations aux notaires comme s'ils disposaient d'assez de temps pour le faire. Comment un notaire peut-il encore actuellement exécuter correctement ces obligations qui s'ajoutent à bien d'autres ? L'importance du rôle social du notaire en matière d'informations et de conseils est de plus en plus atténuée, faute du temps dont il devrait disposer. Il en résulte que des jeunes notaires titulaires, au départ très motivés, perdent cette motivation car le rôle social et humain du notaire qui constitue pour eux la beauté de cette profession leur semble disparaître.

Ils n'arrivent pas ou plus à gérer le temps indispensable pour l'exercice de leur profession.

III. ÉVOLUTION DES MATIÈRES QUI RELÈVENT DE LA FONCTION NOTARIALE

Ces matières ont peu évolué jusqu'au début des années 1970. La loi du 9 juillet 1971, dite loi Breyne relative à la vente aux particuliers d'immeubles neufs ou

à construire, la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la réforme de la procédure de divorce par consentement mutuel, la loi du 14 juillet 1976 réformant les régimes matrimoniaux et la loi du 14 mai 1981 qui a réformé en profondeur les droits du conjoint survivant ont été les premières législations qui ont commencé à changer l'activité notariale. Les notaires ont dû étudier ces matières afin de prodiguer aux clients les informations et les conseils. Le rôle social du notaire a évolué. Il s'agit de nouvelles matières qui n'existaient pas auparavant ou qui ont été profondément modifiées.

Ainsi depuis, le début des années 1970 :

- la mission, dont les devoirs de conseil et d'information du notaire, s'est étendue ;
- le notaire a dû investir beaucoup plus de temps dans son activité professionnelle afin de jouer le rôle social qui résultait de ces nouvelles législations ;
- le notaire a dû suivre des formations et connaître celles-ci afin d'assurer la sécurité juridique de ses actes et l'exécution de ses devoirs d'information et de conseil ;
- le notaire a également pris conscience que l'organisation de son étude devait évoluer, il a notamment engagé des collaborateurs juristes ou titulaires à l'époque d'une licence en notariat, les clercs de notaire étaient à cette époque majoritairement des personnes formées dans des matières qui n'évoluaient guère et qui ne nécessitaient pas une formation de juriste ;
- le notaire a commencé à prendre conscience que sa mission impliquerait à l'avenir, d'une part, un plus grand investissement en temps, et d'autre part, la nécessité d'avoir une équipe de juristes afin de l'aider à remplir correctement le rôle qu'il avait à jouer au sein de la société.

Depuis lors, ce n'est pas simplement l'extension des devoirs d'information et de conseil qui effrite le rôle social du notaire, faute de temps disponible, mais aussi l'évolution des législations fédérales et régionales ainsi que les nouvelles matières dont celle relative au blanchiment des capitaux. Ainsi que nous l'avons écrit, ces devoirs font partie du rôle social du notaire. Il en résulte que le notaire doit suivre scrupuleusement toutes ces législations mais aussi toute la doctrine et la jurisprudence relatives aux matières touchant le notariat.

Nous connaissons depuis plus de cinquante ans, une véritable révolution, voire une inflation des matières pratiquées par le notariat. Pensons à notre loi organique, la loi de Ventôse qui a connu très peu de modifications jusqu'à la loi du 4 mai 1999 entrée principalement en vigueur le 1^{er} janvier 2000³. Depuis lors, vingt et une modifications plus ou moins importantes, soit approximativement une modification par an, y ont été apportées, dont les lois du 9 février 1995, du

³ Sous réserve de certaines dispositions entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2001, voy. à ce sujet l'organisation provinciale des compagnies des notaires.

1^{er} mars 2007⁴, du 23 mai 2007⁵, du 18 juillet 2008, du 6 mai 2009⁶ entrée en vigueur en vertu de la loi du 29 décembre 2010 (art. 22 et 24)⁷, du 14 novembre 2011⁸, du 29 mars 2012 (art. 170 et 171)⁹, du 22 novembre 2013, du 1^{er} décembre 2013¹⁰, du 21 décembre 2013¹¹, du 25 avril 2014¹², du 12 mai 2014¹³, du 8 mai 2014¹⁴, du 17 juillet 2015¹⁵, 6 juillet 2017¹⁶, la loi du 21 décembre 2018¹⁷, du 5 mai 2019¹⁸, du 30 avril 2020¹⁹, du 31 juillet 2020²⁰ et enfin la loi du 22 novembre 2022²¹ entrée principalement en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Songeons aussi aux nouveaux livres du Code civil, à la réforme en profondeur du droit des personnes morales, aux modifications régionales : en droit administratif, en droit d'enregistrement et de successions²², en droit de l'environnement, en droit des baux, auxquels il faut ajouter notamment la législation relative au blanchiment des capitaux et celles modifiant à plusieurs reprises la comptabilité notariale. La matière est devenue énorme ! Il ne suffit pas de connaître ces législations mais aussi les arrêtés d'exécution, les circulaires administratives, la doctrine et la jurisprudence qui les concernent. L'État compte et peut compter sur les notaires, notamment afin de veiller à l'application de toutes celles-ci dans la rédaction des actes authentiques ou sous signature privée. Il y va de la sécurité juridique qui relève également du rôle social du notaire.

Cependant, il est évident qu'un notaire ne peut pas tout connaître. Cette inflation législative n'est pas de nature à l'aider dans l'exécution de sa mission, dont ses devoirs d'information et de conseil. Comment pourrait-il le faire sans avoir connaissance de toutes ces nouvelles législations et évolutions doctrinales et jurisprudentielles. L'on peut réclamer de sa part de limiter ses connaissances à ce que tout notaire devrait, en principe, au minimum connaître (tronc commun). Personne ne dispose d'une connaissance universelle ! Il est, dès lors, important,

⁴ *M.B.*, 14 mars 2007.

⁵ *M.B.*, 20 juin 2007.

⁶ *M.B.*, 19 mai 2009.

⁷ *M.B.*, 31 décembre 2010.

⁸ *M.B.*, 10 février 2012.

⁹ *M.B.*, 6 avril 2012.

¹⁰ Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014.

¹¹ Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014.

¹² *M.B.*, 14 mai 2014.

¹³ *M.B.*, 19 mai 2014.

¹⁴ *M.B.*, 14 mai 2014.

¹⁵ *M.B.*, 17 juillet 2015.

¹⁶ Art. 163 à 205, *M.B.*, 24 juillet 2017. La plupart de ces dispositions sont entrées en vigueur le 3 août 2017 à l'exception des articles 171, 2^o, 189, v) à vii), 195 et 196, qui entreront en vigueur au plus tard le 1^{er} janvier 2020 sauf si le Roi fixe l'entrée en vigueur à une date antérieure (art. 205).

¹⁷ *M.B.*, 31 décembre 2018.

¹⁸ *M.B.*, 19 juin 2019.

¹⁹ *M.B.*, 4 mai 2020.

²⁰ *M.B.*, 7 août 2020.

²¹ *M.B.*, 22 décembre 2022.

²² Songeons à la « saga » relative à l'article 9 du Code des droits de succession, qui a fait l'objet de nombreuses circulaires sans qu'il n'y ait eu une modification législative. L'évolution de l'interprétation de l'administration a été la cause d'une réelle insécurité juridique pour les citoyens et les notaires qui devaient les informer et les conseiller. Il ne s'agit que d'un exemple parmi d'autres.

voire indispensable, que le notaire s'entoure de collaborateurs juristes et qu'il dispose des moyens financiers pour le faire, nous y reviendrons.

IV. ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

Nous assistons à une évolution de plus en plus rapide de notre société. Cette évolution se manifeste dans tous les secteurs, dont celui des activités liées au notariat. L'inflation législative en constitue la preuve et implique une évolution du rôle social du notaire, notamment en ce qui concerne les informations et conseils à prodiguer.

Le comportement de nombreux clients a évolué. D'une part, ils sont de plus en plus exigeants et interpellent leur notaire, notamment suite à des informations trouvées sur les réseaux sociaux ou sur des sites internet. Il en résulte qu'ils l'interrogent parfois en lui reprochant une absence d'informations alors que celles qu'ils ont lues ne concernent pas du tout le dossier en cours. Une perte de temps complémentaire pour le notaire ou ses collaborateurs.

D'autre part, à juste titre, les clients demandent l'intervention de leur notaire dès l'origine du dossier et pas seulement lors de la rédaction de l'acte notarié. Songeons à la situation en Région de Bruxelles-Capitale ou en Région wallonne : il est très fréquent que le notaire rédige les compromis de vente et assiste les parties avant leur élaboration. Le notaire joue son rôle social en informant et en conseillant les parties dans le cadre de la signature d'un acte sous signature privée. Il est incontestable que ceci entraîne que le notaire devra prendre une partie de son temps pour ces compromis et ensuite pour la signature de l'acte authentique. Par contre, en Région flamande, ce sont majoritairement les agences immobilières qui rédigent les compromis de vente, en principe, sans aucune intervention des notaires.

Le mail est un outil formidable. Par le passé, le notaire répondait au courrier lorsqu'il le recevait et avait le temps nécessaire pour le faire, sans dépasser un délai raisonnable. Actuellement, la majorité des clients demandent une réponse si pas par retour de mail, au moins très rapidement. Afin d'éviter toute discussion à ce sujet, il est fréquent que le notaire ou ses collaborateurs répondent si possible directement. Ceci implique qu'ils doivent abandonner ce qu'ils sont en train de faire. Ceci impliquera une perte de temps car l'organisation des collaborateurs se trouve sans cesse modifiée. L'on reçoit actuellement plus de mails qu'auparavant de courriers. Prévoir que durant une matinée l'on se consacrera à l'examen d'un dossier constitue souvent un leurre. Le notaire ou ses collaborateurs consacreront du temps pour répondre à de nombreux mails afin parfois d'éviter des coups de téléphone. Tout doit aller de plus en plus vite ! La réponse aux mails serait-elle plus urgente qu'un courrier. Les mentalités n'évoluent guère dans le bon sens. Une réponse rapide est trop souvent une réponse qui n'a pas été assez réfléchie. La rapidité n'est pas toujours bonne conseillère.

Nonobstant, l'article 17 du Cadre réglementaire relatif aux règles de la pratique notariale adopté par l'assemblée générale de la Chambre nationale des notaires le 24 octobre 2000, les projets d'actes et les autres documents ou recherches sont envoyés souvent tardivement. En les envoyant par mail à n'importe quelle heure du jour, le notaire ou le collaborateur a la certitude que le destinataire les aura reçus et devra s'organiser pour les envoyer ensuite à ses clients. Ceux-ci devront encore y réagir avant la signature de l'acte authentique. Il appartiendra au notaire ou au collaborateur qui reçoit ces projets et documents ou recherches de s'organiser pour en prendre rapidement connaissance. Constatons que le mail est souvent employé de manière abusive aussi bien par les notaires et les collaborateurs que par les clients. Il en résulte une absence de respect qui aura un impact sur l'organisation du temps de son destinataire et le temps nécessaire à l'information et au conseil par le notaire qui les aura reçus. Une réponse précipitée du notaire, qui reçoit des questions ou observations des clients juste avant la réception d'un acte, impliquera trop souvent, par faute de temps, une réponse incomplète qui ne sera pas de nature à satisfaire les clients. À l'évidence, cela nuit au rôle social du notaire. Le temps, ce n'est pas de l'argent mais bien ce qui est essentiel pour assurer les devoirs d'information et de conseil corrects, qui participent au rôle social du notaire, voire à l'honorabilité de la profession. Il n'est pas question ici de rechercher des responsables mais de tout mettre en œuvre en organisant son temps au service de la mission confiée aux notaires. Soyons, par conséquent, soucieux de respecter le temps des autres ! Le mail doit rester un simple outil et non un moyen pour essayer de rattraper son retard.

V. COMMENT MAINTENIR CE RÔLE SOCIAL DU NOTAIRE

Sans tomber dans le pessimisme, il convient objectivement de constater qu'actuellement le rôle social du notaire demeure toujours une évidence. La complexité des matières qui relèvent de la compétence des notaires est devenue telle qu'elle nécessite une « aide » qu'il doit apporter au public non seulement sur le plan de l'officialisation des actes mais aussi sur le plan de l'élaboration des conventions. La majorité des citoyens ne maîtrisent pas ces matières.

Par ailleurs, les évolutions dont nous avons fait part impliquent de revoir non seulement les obligations que les législateurs imposent aux notaires mais aussi l'organisation des études.

Ne soyons pas dupes, le pouvoir politique augmente de plus en plus les obligations imposées aux notaires : un signe de confiance. Toutefois, cela implique une « contrepartie » évidente, il faut donner au notariat les moyens indispensables pour assurer la qualité des informations et conseils que le législateur impose aux notaires. Il est trop simple d'imposer, d'une part, cette obligation légale et, d'autre part, de l'étendre sans cesse. À force de tendre « l'élastique », il risque un jour de craquer ! Il y va du rôle social que le notaire doit jouer et que le citoyen est en droit d'attendre.

Cela implique :

- Avant d'édicter une loi, un décret, une ordonnance, un arrêté royal ou toute autre disposition normative, qui concernent le notariat, l'auteur du projet devrait associer le notariat avant son entrée en vigueur afin d'assurer, dans la mesure du possible, une application la plus pragmatique possible, notamment en ce qui concerne le temps nécessaire pour sa mise en œuvre. Ces législateurs ignorent trop souvent cet aspect pratique. À défaut, la nouvelle norme qui s'ajoute à tant d'autres en vigueur risque de ne pas être suffisamment commentée et expliquée aux parties faute de temps. Soyons objectifs, certaines collaborations existent actuellement ou ont existé. Songeons à la collaboration entre le notariat bruxellois et Bruxelles Environnement pour notamment la matière relative à la pollution du sol. La modification de l'ordonnance sol du 5 mars 2009 a été faite en concertation afin de la rendre pragmatique. La dernière réforme en matière de copropriété²³ avant son insertion dans le livre 3 du Code civil a été faite en concertation avec le notariat qui a participé au groupe de travail créé par le ministre de la Justice Koen Geens sous la présidence des Professeurs Pascal Lecocq et Vincent Sagaert. Cette concertation a pour objectif de donner un peu de pragmatisme à toutes ces législations. Il faut les rendre praticables afin d'assurer la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent. Il ne s'agit pas de l'intérêt du notariat mais bien de celui du citoyen. Les nouveaux devoirs d'information et de conseil ne sont réalisables que si le législateur veille à réduire au maximum le temps dont le notaire devra disposer pour remplir cette obligation qui s'ajoute aux très nombreux autres cas où le notaire devra le faire. Le pouvoir politique doit œuvrer dans l'intérêt de la société, le notaire doit également le faire. Poursuivant tous les deux ce même objectif, le travail en commun concernant les matières traitées par les notaires doit être possible. L'on peut être un « doux rêveur » tout en étant certain qu'il est indispensable de laisser tomber les méfiances ou les *a priori* qui peuvent exister. Il ne suffit pas simplement de légiférer de manière purement théorique, le notariat doit assumer la mise en pratique de toutes les nouvelles normes, en informer les clients et les conseiller. Ceci deviendra impossible si le législateur ne veille pas à permettre aux notaires ou à ses collaborateurs de remplir le rôle social résultant notamment des devoirs d'information et de conseil.
- Ce rôle social ne relève pas uniquement du notaire mais aussi de toute son équipe. Il en résulte que le notaire doit être entouré de collaborateurs efficaces et compétents. Ceci implique une rémunération à la hauteur de ces compétences. Par ailleurs, l'étude doit disposer de matériel informatique et de programmes performants toujours mis à jour. L'étude en aura besoin pour effectuer notamment les nombreuses recherches, l'enregistrement des actes, l'inscription dans différents registres... Il n'y a aucune différence entre des petites études ou des grosses études. Elles ont toutes besoin de ce matériel

²³ Loi du 18 juin 2018, *M.B.*, 31 décembre 2018, p. 106560.

performant. Il est trop simple de demander aux notaires d'exercer de nouvelles compétences, dont les déclarations de renonciation à une succession ou son acceptation sous bénéfice d'inventaire ainsi que la réception de procurations dématérialisées – dont certains de ces actes sont entièrement gratuits – sans prévoir les moyens financiers pour assurer ces missions. Certes, en principe, les nouvelles compétences font l'objet d'un honoraire ou d'un salaire. Est-il logique qu'un collaborateur qui rédige des actes dispose d'une rémunération heureusement indexée alors qu'actuellement ni les honoraires ni les salaires ne sont indexés²⁴. Partir du principe qu'il n'y a pas matière à indexation au motif que le notaire « gagne déjà assez » constitue une affirmation qui présuppose que toutes les études aient une activité comparable procurant des revenus globaux identiques ou à tout le moins suffisants pour que le notaire ait des revenus importants. Poser ce principe comme une règle générale constitue une erreur fondamentale. Il suffit de vérifier le type d'activités exercé par les dix études les plus rentables selon la presse pour se rendre compte du profond déséquilibre qui existe entre les études qui ont essentiellement une activité immobilière très rentable et celles qui pratiquent toutes les matières qui relèvent de la compétence du notaire dont certaines ne procurent aucune rentabilité, voire sont non rentables.

Songeons aux contrats de mariage, qui demandent au notaire beaucoup de temps d'information et de conseil sans aucune mesure avec l'honoraire qui en résulte. L'arrêté-tarif du 16 décembre 1950 a établi un équilibre global au niveau des honoraires. Les honoraires très bas pour l'ensemble des actes à caractère familial sont globalement rééquilibrés par les honoraires plus importants des actes « immobiliers », beaucoup plus rémunérateurs. Ainsi, les études dont les revenus sont les plus importants passent beaucoup d'actes « immobiliers » et moins d'actes à faibles revenus. Ces études ne constituent pas, heureusement, la majorité des études en Belgique, bien au contraire ! Celles-ci ont une rentabilité plus faible, car ces notaires reçoivent tous types d'actes sans lien direct avec leur rentabilité. Ils répondent à la demande des citoyens sans effectuer le moindre tri entre ce qui est rentable et ce qui l'est moins. Ils jouent parfaitement le rôle social que tout notaire devrait jouer.

- Par ailleurs, certaines études qui doivent encore rembourser un crédit sont à la limite de la rentabilité. La Chambre nationale des notaires, qui établit depuis le 1^{er} mars dernier le relevé mensuel, devrait le constater notamment dans l'absence du montant requis pour le solde disponible. N'oublions pas que ces « petites » études doivent disposer d'un matériel informatique dont le développement de base est identique à celui des « grosses » études. Les programmes et leurs mises à jour sont identiques. Elles ont les mêmes obligations déontologiques et comptables que les autres études. Ces « petites » études et celles qui ont des charges importantes et qui ont un taux de rentabilité très faible sont les premières victimes de cette absence de l'indexation des honoraires.

²⁴ Le forfait uniquement le sera à compter du 1^{er} janvier 2024.

Bien souvent, ces études ne pourront pas financièrement engager un nombre de collaborateurs juristes compétents qui devraient permettre d'assurer convenablement le rôle social du notaire, sauf au notaire à investir tout son temps, voire ses week-ends, pour le faire. Le rôle social d'un notaire serait-il différent suivant qu'un client s'adresse à une « grosse » étude ou à une « petite » étude ? Ceci nous semble inadmissible, comme l'est le fait que certains notaires ne veulent recevoir majoritairement que des actes dits « immobiliers ». Il appartient aux chambres des notaires d'agir afin parfois de sanctionner la ou les causes de cette situation. N'oublions pas que ce rôle social voulu par le législateur implique que l'étude soit rentable sans spécialement tomber dans l'excès de revenus. Cela permettra aux notaires d'engager des collaborateurs compétents pour aider le notaire dans ses missions d'information et de conseil.

- L'assurance de cette rentabilité devra aussi être recherchée dans l'organisation des études, notamment par le recours à des programmes informatiques efficaces et leurs mises à jour. Cette organisation peut aussi résulter de la volonté de partager les charges incombant à une étude, soit par la fusion d'études situées dans la même commune et le même canton, soit par l'association avec maintien d'une antenne au lieu de la résidence du notaire. La tenue d'une seule comptabilité, la déclaration unique en matière de personnes morales et de taxe sur la valeur ajoutée, l'achat du matériel informatique, les abonnements uniques relatifs aux contrats d'entretien et des mises à jour des programmes... Il en résultera une meilleure rentabilité et parfois la garantie du maintien d'une étude qui n'était plus rentable.
- Le pouvoir politique doit veiller non seulement à la sécurité juridique qui résulte des législations qu'il vote mais aussi à assurer leur mise en œuvre dans la pratique. Il convient si nécessaire de constituer un outil consultable parfois globalement par les notaires afin de simplifier les recherches à effectuer. Il est regrettable de constater que, faute de l'avoir fait, le législateur doit modifier un texte légal afin de le rendre applicable. Songeons par exemple aux recherches urbanistiques en Région de Bruxelles-Capitale. Les institutions publiques disposent de plus en plus d'un droit de préemption lorsque le propriétaire souhaite céder son bien. Il est indispensable que le notaire effectue des recherches à ce sujet. Aucune Région n'a prévu une plateforme permettant au notaire d'adresser ses recherches en effectuant une seule demande, sauf la Région flamande. Le notaire y effectue une seule demande que cette plateforme diffuse à chaque institution jouissant d'un droit de préemption. Dans les autres Régions, le notaire doit s'adresser à chacune des institutions bénéficiant de ce droit. Le notaire assume, dans ce cas, la responsabilité de tout oubli d'un nouveau droit de préemption. Il était présumé le connaître ! Par ailleurs, cela implique pour le notaire et ses collaborateurs un investissement en temps beaucoup plus important que lorsqu'un bien est situé en Région flamande. Contrairement aux deux autres Régions, la Région de Bruxelles-Capitale ne prévoit pas de prescription en matière d'infractions urbanistiques qui polluent

l'activité des notaires et de leurs collaborateurs. Cette infraction peut être découverte avant comme après la signature de l'acte authentique. Alors que ce problème ne rentre pas comme tel dans la sphère d'activité de la mission des notaires, bien souvent ce sont les collaborateurs qui devront consacrer du temps, souvent énorme, pour solutionner ce problème. La majorité des vendeurs et acquéreurs ne comprendraient pas que leur notaire ne recherche pas une solution. Il serait si simple de les renvoyer chez un architecte. Cette prescription ou à tout le moins l'obligation pour les autorités administratives de mentionner si le bien est ou non grevé d'une infraction dans les recherches urbanistiques, faciliterait la gestion des dossiers. Il ne s'agit que de quelques exemples. Il appartient au monde politique de veiller à permettre au notaire de jouer pleinement son rôle social en mettant à sa disposition les outils, au sens large, pour le faire. Le notaire et surtout ses collaborateurs gagneraient beaucoup de temps si le monde politique avait conscience du temps qu'il leur impose dans toutes ces recherches et qu'il convient de leur donner les outils indispensables pour assurer la sécurité juridique des actes. Un gain de temps permet une meilleure exécution des devoirs d'information et de conseil que les législateurs demandent aux notaires.

- Enfin, la lecture du *Moniteur belge* nous fait prendre connaissance qu'il y a déjà en Belgique plusieurs notaires adjoints qui sont en réalité des notaires salariés. Alors que ce nouveau statut n'existe que depuis le 1^{er} janvier 2023 et l'on ne peut que se réjouir de la dernière modification de la loi de Ventôse. En effet, depuis de nombreuses années, nous pensons que ce statut était devenu indispensable afin de permettre aux notaires d'exercer le rôle social découlant notamment des devoirs d'information et de conseil. En raison des motifs invoqués ci-avant, nous pensons qu'un notaire devrait dans la situation actuelle disposer de plus de temps pour exercer convenablement sa mission légale. Le notaire a aussi ses limites de temps et de connaissances.

Le notaire adjoint dispose de la possibilité de postuler pour devenir notaire titulaire. Il ne le souhaite pas pour des motifs très divers : un investissement en temps limité, l'absence de prise de toutes responsabilités dans l'organisation d'une étude, le souhait de n'assumer aucun risque financier... Mais disposant de cette capacité de devenir notaire, il disposera aussi des compétences requises pour l'être. En devenant notaire adjoint, il pourra recevoir tous les actes qu'un notaire titulaire pourrait recevoir, sous réserve des restrictions reprises dans le contrat d'emploi dans les relations entre le notaire et son employé. Il devra exercer sa mission d'information et de conseil des parties et disposera du temps pour le faire. Par ailleurs, ceci permettra de libérer du temps au notaire titulaire ou aux associés, car ils ne devront pas recevoir tous les actes. Ce gain de temps participera à la qualité des informations et conseils qu'ils pourront donner. Le rôle social du notaire s'en trouvera renforcé.

CONCLUSIONS

Il nous semble trop simple d'imposer légalement aux notaires les devoirs d'information et de conseil des parties tout en leur imposant de plus en plus d'obligations, notamment de source fédérale ou régionale. Il est urgent que le législateur prenne conscience que ce rôle social du notaire, qui constitue le plus beau volet de cette profession, ne peut s'exercer pleinement que si le notaire dispose des moyens notamment en temps et financiers pour le faire.

Le législateur a-t-il conscience de sa responsabilité s'il ne donne pas au notariat les moyens pour qu'il remplisse ces obligations ? Ainsi, en Région de Bruxelles-Capitale, le notariat pourra aller consulter une plateforme afin de voir si un certificat PEB est encore valable. Aucune règle de droit n'impose au notaire de le faire. Toutefois, il résulte de son devoir de conseil que le notaire devra aller consulter cette plateforme. Cela s'ajoutera aux multiples autres recherches. Le législateur a-t-il eu conscience qu'en permettant cette consultation par les notaires, celle-ci devenait une obligation pour lui !

Il est urgent de tout mettre en œuvre afin de garantir au citoyen une information et un conseil de qualité, dont la responsabilité incombe aux notaires mais aussi à l'État fédéral et aux Régions, qui doivent tout mettre en œuvre afin de donner aux notaires la possibilité de remplir correctement leur mission légale.

(G)EEN WANDELING IN HET PARK. OVER VLAAMSE PARKEN EN ALGEMENE LANDSCHAPSZORG

Stijn VERBIST

I. TER INLEIDING: TIJDEN VERANDEREN

1. Eigenaarschap is niet vrijblijvend. Het komt traditioneel met verantwoordelijkheden, taken en bezorgdheden. Onderhoud, bescherming, ontwikkeling en burenerelaties vragen alle een minimale besteding van tijd, aandacht, middelen en energie. Meer dan ooit heeft de eigenaar de voorbije tien jaar rekening te houden met overheidsinitiatieven die, vaak zonder dat de eigenaar daarvan zelf individueel van in kennis wordt gesteld, een belangrijke invloed hebben op onroerende goederen¹. Waar het eigenaarschap van de gezinswoning mogelijk algemeen wordt gestimuleerd, is het vandaag allicht minder dan ooit aantrekkelijk om eigenaar te zijn van meer of andere onroerende goederen dan die gezinswoning. Tegelijk is een maatschappelijke tendens merkbaar. Waar eigendom vroeger nog gepaard ging met een zeker respect of een zekere (maatschappelijke) status, wordt het vandaag niet zelden gekoppeld aan verdachtmaking; ja zelfs soms *a priori* aan schuld en onrecht. Men ziet – zoals zo vaak – wel het resultaat, maar niet de inspanningen die tot dat resultaat geleverd werden.

2. Meer dan ooit wordt politieke besluitvorming vandaag bepaald door het moment en door het getal (van het moment). Een streven naar individuele eigendomsverwerving kost meer moeite en houdt meer risico's in dan zich aan te sluiten bij verenigingen die ook streven naar eigendomsverwerving. Die laatste worden daarin gestimuleerd door substantiële overheidssteun en oefenen op hun beurt, met dank aan hun ledenaantal, een grote invloed uit op die overheid. Tegen die achtergrond zijn groene thema's als bebossing², natuurgebieden, natuurparken en dus ook nationale parken speerpunten geworden van het beleid

¹ De intussen opgeheven kaart van Meest Kwetsbare Waardevolle Bossen (MKWB-kaart), https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2017/05/17/nieuwe_boskaart_veroorzaaktgroteonrustbijeigenaarsvanbouwgronden-1-2981303/, de intussen deels vernietigde omzendbrief RO 2017/01, "Een gedifferentieerd ruimtelijk transformatiebeleid in de bebouwde en de onbebouwde gebieden", https://omgeving.vlaanderen.be/sites/default/files/2021-11/20170707_VR_OmzendbriefRuimtelijkTransformatiebeleid_1.pdf. Los daarvan kan zowel de gemeente, de provincie als het Vlaams Gewest de ruimtelijke bestemming van een grond wijzigen zonder dat de eigenaar daarvan individueel in kennis wordt gesteld.

² "Vlaanderen wil 4.000 ha extra bos aanplanten, met hulp van verenigingen en bedrijven", <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2020/10/16/vlaanderen-wil-tegen-2024-4-000-ha-extra-bos-met-hulp-van-veren/>, "Plant je eigen bos met hulp van nieuwe subsidie(tool)", <https://www.onzenatuur.be/artikel/plant-je-eigen-bos-met-hulp-van-nieuwe-subsidie-tool>. "Bedrijven krijgen tot 25.000 euro subsidie voor een hectare bos", <https://www.tijd.be/partner/natuur-en-bos/meer-bos-voor-vlaanderen/bedrijven-krijgen-tot-25-000-euro-subsidie-voor-een-hectare-bos/10393208.html>.

van de Vlaamse (en overigens ook Waalse) overheid – waarmee men het Vlaams Natuur- en Klimaatbeleid ook in overeenstemming wenst te brengen met het Europese Natuur- en Klimaatbeleid.

3. Nu heeft een overheid uiteraard het recht (en overigens ook de plicht) een bepaald beleid te voeren. En bovendien kan tegen een bos of een natuurpark *an sich*, als gegeven en als realiteit uiteraard weinig worden ingebracht. Wie immers is nu *tegen* een bos of *tegen* de natuur? Meer natuur(gebied) komt echter met een prijs. Ofwel worden gronden aangekocht door de overheid of met overheidssubsidies, ofwel worden gronden niet aangekocht maar verandert hun bestemming³ of, algemeen, hun “statuut”⁴. De eigenaar blijft eigenaar van zijn grond, maar deze wijzigingen kunnen op korte of lange termijn (ernstige) gebruiksbeperkingen genereren. Dit geldt niet alleen voor de gronden zelf, maar ook voor de belendende gronden of gronden in de dichtere of wijdere omgeving. De juridische creatie van natuur (wat toch moet worden onderscheiden van de feitelijke creatie daarvan) komt dus met een maatschappelijke en een individuele kostprijs. In een open samenleving moet ook over deze kostprijs kunnen worden gesproken (en geschreven).

4. Tot slot van deze inleiding nog het volgende. België is, na Vaticaanstad en Nederland, met ongeveer 384 inwoners per vierkante kilometer⁵ het dichtst bevolkt land ter wereld. Hier kan niemand om heen. Ter vergelijking: Frankrijk kent 11 nationale parken, waarvan 3 in overzeese gebieden⁶. Deze 11 nationale parken maken ongeveer 10 % uit van het totale Franse grondgebied. Inclusief de overzeese gebieden telt Frankrijk een totale oppervlakte van 674.843 km², waarvan dus ongeveer 67.500 km² nationaal park. De bevolkingsdichtheid in Frankrijk was anno 2020 105,4 personen per km², hetzij slechts 27 % van de Belgische bevolkingsdichtheid. De oppervlakte van België en Vlaanderen maken met slechts 30.528 km² en 13.624 km² respectievelijk slechts 4,5 % en 2,01 % uit van de totale Franse oppervlakte ... Zowel de hoge bevolkingsdichtheid als de schaarse (open)ruimte is een realiteit waar men moeilijk omheen kan, ongeacht de gerichtheid van de beleidsintenties.

³ Waarmee dan voornamelijk de ruimtelijke bestemming *sensu stricto* wordt bedoeld, in de zin van artikel 2.2.6, § 2 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO).

⁴ “Statuut” is als juridisch begrip niet meteen terug te vinden wetsteksten, maar wordt hier gebruikt om het geheel van hoedanigheden, kwalificaties of beschermingslagen van een grond aan te duiden zonder dat er bij wijziging van dat statuut noodzakelijk sprake moet zijn van de wijziging van de juridische gebiedsbestemming.

⁵ https://nl.wikipedia.org/wiki/Lijst_van_landen_naar_bevolkingsdichtheid

⁶ <https://www.france.fr/nl/nieuws/article/nationale-parken-frankrijk> – Men kan met deze Franse nationale parken nader kennis maken via deze interactieve kaart <http://map.parcsnationaux.fr/>, maar uiteraard nog beter fysiek, ter plaatse. De officiële website van de Franse nationale parken is <http://www.parcsnationaux.fr/fr>.

5. In deze bijdrage wordt ingegaan op een aantal aspecten betreffende de zoektocht naar en de erkenning van de Nationale Parken Vlaanderen⁷.

II. DE “ZOEKTOCHT” NAAR DRIE (EXTRA) NATIONALE PARKEN EN DRIE LANDSCHAPSPARKEN IN VLAANDEREN

6. Vandaag telt België één nationaal park, met name het Nationaal Park Hoge Kempen in Limburg. Op 19 april 2021 startte de Vlaamse overheid haar zoektocht naar kandidaten voor drie extra Nationale Parken en 3 Landschapsparken die ze (naar eigen bewoordingen) de komende jaren wil oprichten⁸. Overigens heeft niet alleen de *Vlaamse* Regering dit initiatief genomen, ook de *Waalse* overheid is ongeveer tezelfdertijd gestart met de zoektocht naar twee nieuwe Nationale Parken die overigens vandaag reeds zijn geselecteerd, met name het Nationaal Park tussen Samber en Maas en het Nationaal Park van de Vallei van de Semois⁹.

7. Op het ogenblik van de start van deze zoektocht¹⁰ was er geen Vlaams decretaal kader rond Nationale Parken voorhanden¹¹.

⁷ Niet alle aspecten van het ontwerpdecreet komen hier aan bod. Er wordt ingezoomd op de structuur, op een aantal termen en op de (ontwerp)regelgeving betreffende de Nationale Parken Vlaanderen, waarbij in deze bijdrage onder meer niet nader wordt ingegaan op de werking van de Regionale Landschappen.

⁸ <https://www.natuurenbos.be/pers-nieuws/nieuws/vlaanderen-maakt-ruimte-voor-natuur-start-zoektocht-naar-drie-extra-nationale>

⁹ <https://www.wallonie.be/fr/actualites/les-deux-parcs-nationaux-wallons-sont-connus>

¹⁰ En op vandaag april 2023 is dat decretaal kader er ook nog niet.

¹¹ Hoe is dan de erkenning van het actueel enige Vlaams Nationaal Park Hoge Kempen tot stand gekomen? De geschiedenis, of de lange weg van idee naar realisatie wordt beschreven op de website van het Nationaal Park Hoge Kempen, <https://www.nationaalparkhogechempen.be/nl/over-ons/van-idee-naar-realisatie-het-eerste-nationaal-park>. Een eerste substantiële juridische stap kan worden gezien in de oprichting in 1990 van een vzw Regionaal Landschap Hoge Kempen (nadien Regionaal Landschap Kempen en Maasland). Op 19 juli 2002 besliste de Vlaamse Regering om over te gaan tot oprichting van het Nationaal Park Hoge Kempen en om dit te doen op basis van een masterplan. Nadien werden een aantal formele beslissingen genomen: besluit van 18 juli 2003 van de Vlaamse Regering houdende definitieve vaststelling van het afbakeningsplan voor de Grote Eenheden Natuur en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling van de Hoge Kempen, de Klaverberg en Heiderbos, de Grensmaas zuid, de Grote Kiewitheid en de Beekvalleien overgang Kempen-Haspengouw (BS 17 oktober 2003); ministerieel besluit van 12 mei 2004 tot het opstarten van de procedure voor de opmaak van een natuurrichtplan voor het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN), de Speciale Beschermingszones (SBZ) en de groene bestemmingsgebieden van de “Hoge Kempen” in de provincie Limburg en aanstelling van de coördinator (BS 24 juni 2004); ministerieel besluit van 24 juni 2005 tot oprichting van de plangroep voor het natuurrichtplan van de “Hoge Kempen” en tot wijziging van het ministerieel besluit tot het opstarten van de procedure voor de opmaak van een natuurrichtplan voor het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN), de Speciale Beschermingszones (SBZ) en de groene bestemmingsgebieden van de “Hoge Kempen” in de provincie Limburg en aanstelling van de coördinator (BS 16 september 2005); ministerieel besluit van 3 november 2005 tot oprichting van de stuurgroep voor het natuurrichtplan voor het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN), de Speciale Beschermingszones (SBZ) en de groene bestemmingsgebieden van de “Hoge Kempen” en tot wijziging van het ministerieel besluit tot het opstarten van de procedure voor de opmaak van een natuurrichtplan voor het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN), de Speciale Beschermingszones (SBZ) en de groene bestemmingsgebieden van de “Hoge Kempen” in de provincie Limburg en aanstelling van de coördinator (BS 17 november 2005); ministerieel besluit van 5 oktober 2007 betreffende de toekenning van een afwijking krachtens artikel 6 van het decreet van 15 juli 1997 houdende invoering van een meer evenwichtige

8. Bij de aankondiging van deze zoektocht werd vooropgesteld dat de nieuwe *Vlaamse Parken de prachtige natuur en het uniek erfgoed dat Vlaanderen rijk is in de kijker zetten*¹². Geïnteresseerde samenwerkingsverbanden tussen lokale overheden, natuurverenigingen, landbouworganisaties en landeigenaars konden tot 15 september 2021 hun kandidatuur indienen. Nadien is een traject gestart dat moet leiden tot de eigenlijke erkenning van de kandidaat-parken in 2023. Tien zogenaamde gebiedscoalities dienden een kandidatuur in voor de erkenning tot Nationaal Park Vlaanderen en dertien voor erkenning tot Landschapspark¹³.

9. Begin 2022 werden 6 kandidaten geselecteerd voor de titel van “Nationaal Park Vlaanderen” en 7 kandidaten voor de titel Landschapspark¹⁴. Het is de bedoeling dat 3 (nieuwe) Nationale Parken Vlaanderen en de 3 Landschapsparken eind 2023 definitief worden erkend¹⁵.

10. Tot voor kort was *park* een vrij onschuldig begrip. Er was het stadspark om rustig in te vertoeven, er was een speelpark, een dierenpark. Vandaag dekt het begrip park een andere lading, en lijkt de term ook veel gevoeliger te liggen dan voorheen. In deze bijdrage gaan we op verkenning. Eerst bekijken wat met “park” precies wordt bedoeld (of kan bedoeld worden), vervolgens diepen we uit wat onder het stedenbouwkundige parkgebied moet worden begrepen en waar het beschermd erfgoedlandschap moet worden gesitueerd en wat regionale landschappen zijn. Nadien gaan we in op het ontwerp van Vlaams Decreet Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg om tot slot een voorlopig besluit te formuleren.

vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de stuurgroep voor het natuurrichtplan voor het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN), de Speciale Beschermingszones (SBZ) en de groene bestemmingsgebieden van de “Hoge Kempen”, BS 16 oktober 2007. Men kan merken dat de erkenning van het Nationaal Park Hoge Kempen een uitgereikt en meerlagig besluitvormingsproces uitmaakte dat werd gecomponeerd uit verschillende statuten en instrumenten. Dat verklaart ook waarom het Nationaal Park Hoge Kempen zich ook nu kandidaat heeft gesteld om dan uiteindelijk officieel en formeel als Vlaams Nationaal Park te worden erkend.

¹² <https://www.natuurenbos.be/pers-nieuws/nieuws/vlaanderen-maakt-ruimte-voor-natuur-start-zoektocht-naar-drie-extra-nationale>

¹³ De tien kandidaten voor de titel Nationaal Park waren: het bestaande Nationaal Park Hoge Kempen, de Brabantse Wouden, Bosland, Kalmthoutse Heide, Grote Netewoud, Brugs Polderland, Demervallei, Rivierenland, Scheldevalei, Taxandria. De dertien kandidaten voor de titel Landschapspark waren: Boerenlandschap Pajottenland, Bulskampveld, De Merode, De Westhoek, van de bergen naar de zee, De Wijers, Grenzeloos Bocagelandschap, Grenzeloze Getevalei, Hart van Haspengouw, Kempen-Broek, Kleine en Grote Nete, RivierPark Maasvallei, Vlaamse Ardennen, Zwinstreek, <https://www.vlm.be/nl/nieuws/Pages/23-kandidaten-voor-landschapsparkennationale-parken.aspx>.

¹⁴ De 6 geselecteerde kandidaten voor Nationaal Park Vlaanderen: Bosland, Brabantse Wouden, Hoge Kempen (bestaand), Kalmthoutse Heide, Scheldevallei, Taxandria (waarbij een specifiek maatwerktraject wordt geadviseerd met het oog op het betrekken van de meer cruciale actoren in het ruimere gebied), <https://omgeving.vlaanderen.be/nl/nog-13-kandidaten-op-short-list-voor-erkenning-als-nationaal-park-of-landschapspark>.

¹⁵ <https://www.natuurenbos.be/nationaleparkenvlaanderen>

11. Volgens *van Dale* heeft het begrip “park” drie mogelijke betekenissen: 1° een uitgestrekt terrein, meestal door vijvers en kunstmatige aanleg verfraaid, 2° een afgeperkte ruimte waar dieren in het wild leven en 3° gezamenlijke vervoermiddelen of machines: *machinepark*, *wagenpark*¹⁶.
12. Specifiek in de regelgeving kwam je het *parkgebied* tegen als ruimtelijke bestemming¹⁷. Het was een “oer”-bestemming die reeds in de gewestplannen voorkwam. Hieronder gaan we hier nader op in.
13. In de regelgeving inzake het onroerend erfgoed¹⁸ komen we geen parken¹⁹ tegen, maar wel “landschappen”²⁰. Hieronder gaan we ook hier nader op in.
14. Tot slot is er de regelgeving inzake het natuurbehoud. Naast het parkgebied in het kader van de ruimtelijke ordening en het landschap in het kader van het onroerend erfgoed, bestaat op vandaag ook het regionaal landschap in het kader van het natuurbehoud²¹. Dit wordt hierna ook nader bekeken.
15. Nu er in de (Vlaamse) regelgeving op vandaag al specifieke regels bestaan voor parken en voor landschappen, rijst de vraag wat de Vlaamse Regering er in het bijzonder toe bewoog om te komen met een *nieuwe* regelgeving voor Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg. Uit het bovenstaande blijkt al dat zowel het begrip parkgebied als het begrip erfgoedlandschap ingebed ligt in een planologisch initiatief, met name een ruimtelijk uitvoeringsplan. Volstaat dit overheidsinitiatief dan niet om de vooropgestelde doelen te realiseren? Ook op deze vragen gaan we hieronder nader in.

¹⁶ www.vandale.nl

¹⁷ Art. 1.1.2. 10°, 11) Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009, BS (hierna VCRO), op grond waarvan parkgebied als ruimtelijk kwetsbaar gebied wordt gekwalificeerd en art. 2.2.6, § 2, 6°, b) VCRO volgens het welk parkgebied onder “overig groen” wordt gerangschikt en in hoofdzaak bestemd wordt “voor de instandhouding, het herstel en de ontwikkeling van een of meer parken”.

¹⁸ Decr. 12 juli 2013 betreffende het onroerend erfgoed (hierna Decreet Onroerend Erfgoed).

¹⁹ Parken kunnen wel als stads- of dorpsgezicht beschermd worden, maar de term “park” komt als dusdanig niet voor in het Decreet Onroerend Erfgoed.

²⁰ Er wordt in het Decreet Onroerend Erfgoed al minstens een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een erfgoedlandschap en anderzijds een landschap. Dat laatste is volgens art. 2.1, 33° Decreet Onroerend Erfgoed *een deel van het grondgebied, zoals dat door de menselijke bevolking wordt waargenomen en waarvan het karakter bepaald wordt door natuurlijke of menselijke factoren en de wisselwerking daartussen*. Het eerste is volgens artikel 2.1, 25° een gebied *dat wegens de erfgoedwaarde overeenkomstig de geldende regelgeving opgenomen is in een ruimtelijk uitvoeringsplan op basis van een onroerenderfgoedrichtplan of vastgestelde inventaris*.

²¹ Volgens art. 54 Decr. 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu bevordert een regionaal landschap *“in hoofdzaak het streekeigen karakter, de natuurrecreatie, het recreatief medegebruik, de natuureducatie, het draagvlak voor natuur en het beheer in uitvoering van het decreet. Het regionaal landschap stimuleert en coördineert ook het beheer, het herstel, de aanleg en de ontwikkeling van kleine landschapselementen.”*

III. WELKE BESCHERMINGSSTATUTEN ZIJN IN VLAANDEREN AL VOORHANDEN?

16. Zoals reeds aangegeven, bestond er op het ogenblik dat de Vlaamse zoektocht naar 3 extra Nationale Parken en 3 Landschapsparken van start ging (19 april 2021) geen decretaal kader voor Vlaamse Parken. Wel waren er op dat ogenblik in Vlaanderen wel tal van andere wettelijke instrumenten en statuten voorhanden om natuur(gebieden) te vrijwaren en te beschermen. Om toch het bredere kader niet uit het oog te verliezen lijkt het nuttig om deze statuten en instrumenten kort even in herinnering te brengen.

A. STEDENBOUWKUNDIGE VOORSCHRIFTEN EN RUIMTELIJKE BESTEMMINGEN

17. In den beginne was er niets, althans niet op het vlak van wettelijke bestemmingsvoorschriften of statuten die de (ontwikkelings-)mogelijkheden en dito beperkingen van gronden op bindende wijze bepaalden²². Een min of meer consistente en omvattende regelgeving inzake de ruimtelijke ordening en de stedenbouw diende zich pas aan met de Stedenbouwwet van 29 maart 1962²³. Op basis van deze wet kwamen de gewestplannen tot stand. Gewest per gewest kreeg elk perceel over geheel België een juridisch bindende ruimtelijke bestemming toebedeeld. De bij elke bestemming behorende voorschriften werden vastgesteld in het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen²⁴.

18. Wanneer men op geopunt.be het gewestplan bekijkt, ontwaart men een kleurrijk en gefragmenteerd lappendeken en dit, het weze herhaald, op een relatief (zeer) kleine oppervlakte. Paars, geel, groen, donkergroen, rood, oranje, blauw: de kleuren fladderen zonder innerlijk doel of intrinsieke ordening door elkaar, een lappendeken met lappen in de grilligst denkbare vorm. Aan de gewestplannen lag geen globale en consistente visie ten grondslag, en niemand die daarover ooit iets anders heeft beweerd.

19. In het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen, dat sedert 1997 een belangrijk fundament vormt voor het ruimtelijk beleid²⁵, is voorzien dat in Vlaanderen 750.000 ha agrarisch gebied zou worden voorzien, 150.000 ha natuurgebied en reservaten, 53.000 ha bos, 34.000 ha overig groen (zoals parkgebied), 66.000 ha

²² België was, met een zeer hoge bevolkingsdichtheid, een van de laatste Europese landen om de ruimtelijke ordening wettelijk te regelen. Hoe langer men daarmee wacht, hoe meer men vanzelfsprekend met voldongen ruimtelijke feiten en stedenbouwkundige gewoonten en gebruiken wordt geconfronteerd.

²³ Wet 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, BS 12 april 1962. Zie over de geschiedenis van de ruimtelijke ordening in België, A. VRANCKX, *De ruimtelijke ordening in België. Preadvies*, <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/vvsvr/1961-18.pdf>.

²⁴ BS 28 december 1972.

²⁵ <https://omgeving.vlaanderen.be/nl/ruimtelijk-beleid-en-planning/ruimtelijk-beleid/ruimtelijk-structuurplan-vlaanderen>

industriegebied, 21.000 ha recreatiegebied, 227.500 ha woongebied en 58.000 ha overige bestemmingen²⁶.

20. In het KB van 28 december 1972 werden 6 hoofdcategorieën van gebieden onderscheiden: woongebieden, industriegebieden, dienstverleningsgebieden, landelijke gebieden, recreatiegebieden en gebieden bestemd voor ander grondgebruik. De *landelijke gebieden* werden onderverdeeld in agrarisch gebied, bosgebied, groengebied (met daaronder natuurgebied en natuurgebied met wetenschappelijke waarde of natuurreservaten), parkgebied, bufferzones en in overdruk landschappelijk waardevolle gebieden of landelijke gebieden met toeristische waarde²⁷.

21. In de VCRO worden 10 hoofdbestemmingscategorieën voorzien met name: wonen, bedrijvigheid, recreatie, landbouw, bos, overig groen (met daaronder gemengd open ruimte gebied en parkgebied), reservaat en natuur, lijninfrastructuur, gemeenschaps- en nutsvoorzieningen, ontginning en waterwinning²⁸.

22. Elke ruimtelijke bestemming gaat gepaard met ruimtelijke voorschriften. De ruimtelijke bestemming kan maar worden veranderd door een formele overheidsbeslissing (zoals een wijziging van een gewestplan of de definitieve vaststelling van een ruimtelijk uitvoeringsplan) en is er sprake van een formele bestemmingswijziging, die in bepaalde gevallen aanleiding kan geven tot een planschadevergoeding²⁹.

23. Wanneer een grond deel uitmaakt van een geheel van gronden dat wordt erkend als Landschapspark of al Nationaal Park Vlaanderen, houdt dat geen formele bestemmingswijziging in. De bestaande bestemming blijft behouden, wat overigens niet betekent dat de ontwikkelings- en gebruiksmogelijkheden onveranderd zouden blijven³⁰.

24. Er is wel een uitdrukkelijk verband tussen de bestaande reguliere regeling inzake de stedenbouw en de ruimtelijke ordening en dat betreft de kwalificatie van een grond als ruimtelijk kwetsbaar gebied in de zin van artikel 1.1.2, 10° VCRO: een gebied dat een ruimtelijk kwetsbaar gebied omvat of bevat, kan worden gekwalificeerd als een natuurkern³¹.

²⁶ Zie Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen, https://omgeving.vlaanderen.be/sites/default/files/2022-01/RSV2011%20%282%29_0.pdf. Zie ook S. DANCKAERT, *Bestemming en gebruik van landbouwgrond. Kwantitatief onderzoek naar landbouwgebruik en planologische landbouwbestemmingen*, Vlaamse Overheid, Beleidsdomein Landbouw en Visserij, januari 2013; alsook *Ruimtelijke visie voor landbouw, natuur en bos*, Departement Ruimte Vlaanderen, <https://omgeving.vlaanderen.be/sites/default/files/2022-01/Ruimtelijke%20visie%20AGNAS%202004-2009-gecomprimeerd.pdf>.

²⁷ Art. 2 KB 28 december 1972.

²⁸ Art. 2.2.6, § 2 VCRO.

²⁹ Artt. 2.6.1 e.v. VCRO.

³⁰ Cf. *infra*, aangaande de rechtsgevolgen.

³¹ Art. 4, § 1, 3e lid VCRO.

B. HET BESCHERMD LANDSCHAP IN HET KADER VAN HET ONROEREND ERFGOED

25. Het begrip landschap speelt, zoals hieronder zal blijken, een belangrijke rol in het Ontwerpdecreet Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg. Het speelt momenteel evenwel al een prominente rol in de regelgeving inzake het onroerend erfgoed. Zo kan een landschap worden beschermd als cultuurhistorisch landschap, wat een begrensde grondoppervlakte is met een geringe dichtheid van bebouwing en een onderlinge samenhang waarvan de verschijningsvorm en de samenhang het resultaat zijn van natuurlijke processen en van maatschappelijke ontwikkelingen van algemeen belang wegens de erfgoedwaarde³².

26. In het geval van een formele bescherming als cultuurhistorisch landschap dienen houders van zakelijke rechten en gebruikers het beschermde goed te behouden in een goede staat door de nodige instandhoudings-, beveiligings-, beheers-, herstellings- en onderhoudswerken uit te voeren³³. Bovendien is het verboden beschermde goederen te ontsieren, te beschadigen, te vernielen of andere handelingen te stellen die de erfgoedwaarde ervan aantasten³⁴.

27. Het spreekt voor zich dat de bewegingsruimte van een eigenaar van een beschermd landschap kan worden beperkt en dat op hem belangrijke verplichtingen rusten. Aan de bescherming als cultuurhistorisch landschap is *op zich* geen vergoeding verbonden.

C. SPECIALE BESCHERMINGSZONES OF NATURA 2000-GEBIEDEN

28. Iedere Europese lidstaat dient Speciale Beschermingszones (SBZ) af te bakenen. Deze verplichting vloeit voort uit twee Europese richtlijnen, enerzijds de Vogelrichtlijn van 1979³⁵ en anderzijds de Habitatrichtlijn van 1992³⁶. De door de lidstaten Vogelrichtlijngebieden en Habitatrichtlijngebieden samen vormen het Natura 2000-netwerk³⁷. De regeling inzake deze speciale beschermingszones is voor wat het Vlaams Gewest betreft, geïmplementeerd in het Natuurdecreet³⁸, meer bepaald in de artikelen 36*bis* e.v.

29. Artikel 36*ter*, § 4 Natuurdecreet bepaalt dat de overheid die over een vergunningsaanvraag, een plan of programma moet beslissen, de vergunning slechts

³² Art. 2.1, 22° Decreet Onroerend Erfgoed.

³³ Art. 6.4.1 Decreet Onroerend Erfgoed – het actief behoudsbeginsel.

³⁴ Art. 6.4.3 Decreet Onroerend Erfgoed – het actief behoudsbeginsel.

³⁵ Richtl. Raad 79/409/EEG, 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (*Pb.L.* 103, 25 april 1979, p. 1-18 (DA, DE, EN, FR, IT, NL)).

³⁶ Richtl. Raad 92/43/EEG, 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (*Pb.L.* 206, 22 juli 1992 blz. 0007-0050).

³⁷ Alle Natura 2000-gebieden in Vlaanderen kunnen worden opgezocht via deze link op een website van het Agentschap Natuur en Bos, <https://natura2000.vlaanderen.be/natura-2000-gebieden>.

³⁸ Decr. 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, *BS* 10 januari 1998.

mag toestaan of het plan of programma slechts mag goedkeuren indien het plan of programma of de uitvoering van de activiteit geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van de betrokken speciale beschermingszone kan veroorzaken. De bevoegde overheid draagt er bovendien steeds zorg voor dat door het opleggen van voorwaarden er geen betekenisvolle aantasting van de natuurlijke kenmerken van een speciale beschermingszone kan ontstaan. Intussen is deze bepaling in Vlaanderen alom bekend door de *stikstof*-arresten en de daaropvolgende commotie.

D. VEN- EN IVON-GEBIEDEN

30. Terwijl de speciale beschermingszones voortvloeien uit een Europees initiatief, werd ook door het Vlaams Gewest zelf nog een bijkomend initiatief genomen met de zogenaamde VEN³⁹- en IVON- gebieden⁴⁰. Volgens het Agentschap Natuur en Bos (ANB) bestaat de natuurlijke structuur in Vlaanderen in de eerste plaats uit de gebieden van het Vlaams Ecologisch Netwerk (VEN) en de natuurverwevingsgebieden en natuurverbindingsgebieden van het Integraal Verwevings- en Ondersteunend Netwerk (IVON). Het zijn, aldus ANB, belangrijke instrumenten voor het natuur- en bosbeleid⁴¹.

31. De overheid mag geen toestemming of vergunning verlenen voor een activiteit die onvermijdbare en onherstelbare schade aan de natuur in het VEN kan veroorzaken⁴².

32. In de natuurverwevingsgebieden is de administratieve overheid ertoe gehouden (binnen haar bevoegdheden) de nodige maatregelen te nemen om, zonder dat dit disproportionele gevolgen heeft voor de overige functies in het gebied, de bestaande natuur te beschermen en te ontwikkelen, onder meer door bij de uitvoering van het beleid van de overheid zorg te dragen voor: 1° het behoud van de kwaliteit van de habitats en de kwantiteit van de natuurwaarden; 2° het behoud van een voor de natuurwaarden gunstige waterhuishouding en het tegengaan van risico van verdroging en van aantasting van reliëf en bodem; 3° binnen de groen-, park-, buffer- en bosgebieden van de uitvoeringsplannen van kracht in de ruimtelijke ordening, het behoud van een voor de natuurwaarden gunstige waterhuishouding, het tegengaan van risico van verdroging en van aantasting van reliëf en bodem evenals het herstel hiervan; 4° het behoud of het herstel van voor de natuur gunstige structuurkenmerken van de waterlopen⁴³.

³⁹ Zie art. 17 e.v. Natuurdecreet voor een nadere toelichting van het Vlaams Ecologisch Netwerk.

⁴⁰ Zie art. 27 e.v. Natuurdecreet voor een nadere toelichting van het Integraal Verwevings- en Ondersteunend Netwerk.

⁴¹ <https://natuurenbos.vlaanderen.be/natuur-wijzigen/beschermde-gebieden-ven-ivon>

⁴² Art. 26bis Natuurdecreet.

⁴³ Art. 28, § 1 Natuurdecreet.

33. Het weze duidelijk dat de aanduiding als VEN- of als IVON-gebied voor eigenaar of gebruiker zeer verregaande gevolgen heeft.

IV. HET ONTWERPDECREET VLAAMSE PARKEN EN ALGEMENE LANDSCHAPSZORG

A. INLEIDING

34. Op de ministerraad van 31 maart 2023 heeft de Vlaamse Regering, na advies van de Raad van State, haar definitieve goedkeuring gehecht aan het ontwerpdecreet over algemene landschapszorg en Vlaamse parken⁴⁴. Eerst staan we stil bij hoe de Vlaamse Regering dit initiatief zelf omschrijft om volgens in te gaan op de tekstuele inhoud van het ontwerpdecreet zelf.

B. HET ONTWERPDECREET VLAAMSE PARKEN EN ALGEMENE LANDSCHAPSZORG VOLGENS DE VLAAMSE REGERING ZELF

35. Het ontwerpdecreet is, aldus de Vlaamse Regering, opgevat als een kaderdecreet en creëert de basis voor een “transversaal” landschapsbeleid. *“Als herkenbare exponenten van een meer geïntegreerd landschapsbeleid wordt voor de Vlaamse Parken (de Nationale Parken Vlaanderen en de Landschaps-parken) een decretale basis voorzien. Er wordt voor deze structuren een beheersstructuur, erkenningsvoorwaarden en subsidiemogelijkheden uitgewerkt. Daarnaast worden de regionale landschappen uit het decreet van 21 oktober 1997 over het natuurbehoud en het natuurlijk milieu gehaald en ondergebracht in dit decretaal kader. Bovendien wordt de basis gelegd voor de toekomstige uitbreiding van het instrumentarium voor algemene landschapszorg.”*⁴⁵

36. Om te weten wat bedoeld wordt met een “transversaal” landschapsbeleid gaan we opnieuw te rade bij *van Dale*. Online is de toelichting beperkt tot: *“dwars, overdwars gaand”*⁴⁶. De papieren uitgave van *van Dale*⁴⁷ is wat uitgebreider: *“1. overdwars gaande, staande, gericht (...) a biol. verdelend of verdeeld volgens een vlak dat loodrecht op het mediane vlak staat b meetk. Een stelsel van lijnen of vlakken snijden 2. geneal. zijdelings”*. Omdat het ons nog niet helemaal duidelijk is hoe deze betekenissen in verband kunnen worden gebracht met een landschapsbeleid, gaan we op zoek naar de betekenis van de

⁴⁴ <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/?search=Vlaamse%20Parken%20en%20algemene%20landschapszorg>

⁴⁵ <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/?search=Vlaamse%20Parken%20en%20algemene%20landschapszorg>, zie ook de nota aan de Vlaamse Regering (VR2023 3103 DOC. 0357/1BIS) te raadplegen via deze link <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/document-view/642587338A5434FEB56572A5>.

⁴⁶ <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/transversaal#.ZDFBmHZByUk>

⁴⁷ Zestiende herziene druk, p. 4371.

woorden dwars en overdwars. Het eerste wordt gedefinieerd als “1. in een richting loodrecht op een andere 2. onhandelbaar, weerbarstig”⁴⁸, het tweede als “in de breedterichting”⁴⁹.

37. Hoewel sommigen in het decretaal initiatief van de Vlaamse Regering een *weerbarstig* landschapsbeleid zullen zien, valt te betwijfelen of de Vlaamse Regering haar eigen beleid zo wilde benoemen. Zodoende blijft het toch nog ietwat een raadsel wat met een “*transversaal landschapsbeleid*” precies zou kunnen worden bedoeld.

38. In de memorie van toelichting is 18 keer sprake van een transversaal landschapsbeleid en wordt gesteld dat hiervoor een interdisciplinair en overkoepeleend beleid aangewezen is⁵⁰.

39. Hierna wordt ingegaan op de terminologie, de structuur en de inhoud van het ontwerpdecreet zelf.

G. HET ONTWERPDECREET VLAAMSE PARKEN EN ALGEMENE LANDSCHAPSZORG

40. Onder deze titel staan we stil bij de structuur van het ontwerpdecreet en bij enkele definities. Verder wordt ingezoomd op de kwalificatie en de doelstellingen van de erkenning als Nationaal Park Vlaanderen.

a) De structuur van het Ontwerpdecreet Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg

41. Het ontwerpdecreet telt 36 artikelen, verdeeld over 8 titels. De eerste titel *Algemene bepalingen* (art. 1 en 2) bevat een aantal specifieke definities, die hieronder verder aan bod zullen komen. De tweede titel *Vlaamse parken* (art. 3 t.e.m. 18) is onderverdeeld in 3 hoofdstukken: Hoofdstuk 1 *Algemene bepalingen en doelstelling* (art. 3 t.e.m. 6), Hoofdstuk 2 *Erkenning, werking en organisatie* (art. 7 t.e.m. 14) en hoofdstuk 3 *Financiering* (art. 15 t.e.m. 17). Titel 3 heet *Regionale landschappen* (art. 19 t.e.m. 24) en is onderverdeeld in 3 hoofdstukken: Hoofdstuk 1 *Voorwerp, doel, werkingsgebied en organisatie* (art. 19 t.e.m. 21), Hoofdstuk 2 *Erkenning en coördinatie* (art. 22 en 23) en Hoofdstuk 3 *Financiering* (art. 24). Hier rijst al meteen de vraag waarom het decreet niet heet Vlaamse parken en regionale parken, omdat dit zou overeenstemmen met de onderverdeling van de tekst ervan zelf. Titel 4 betreft *Sancties* en telt een

⁴⁸ <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/dwars#.ZDfD3nZByUk>.

⁴⁹ <https://www.vandale.nl/gratis-woordenboek/nederlands/betekenis/overdwars#.ZDfDq3ZByUk>.

⁵⁰ Ontwerp van decreet over Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg, MvT, VR2023 3 103 Doc.0357/3BIS (<https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/document-view/642587608A5434FEB56572A9>), p. 2.

artikel (m.n. art. 25). Titel 5 tot slot heet *Gegevensbescherming* en telt 6 artikelen (art. 26 t.e.m. 31). Titel 6 *Wijzigingsbepalingen* (art. 32 t.e.m. 36), titel 7 *Opheffingsbepaling* (art. 34) en Titel 8 *Overgangsbepalingen* (art. 35 t.e.m. 36).

b) De specifieke terminologie van het Ontwerpdecreet Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg

42. In het ontwerpdecreet komen enkele specifieke begrippen aan bod, met name “algemene landschapszorg”, “gebiedscoalitie”, “grensoverschrijdend landschapspark”, “grensoverschrijdend Nationaal Park Vlaanderen”, “landschap”, “landschapspark”, “landschapskwaliteit”, “masterplan”, “Nationaal Park Vlaanderen”, “operationeel plan”, “parkbureau”, “parknota”, “regionaal landschap”, “Vlaams Park” en “zelfrealisatie”⁵¹.

43. Omdat de titel van het ontwerpdecreet naar Vlaamse parken verwijst, lijkt het logisch om eerst stil te staan bij de definitie van *Vlaams Park*, met name een Nationaal Park Vlaanderen of een Landschapspark⁵². Hieruit volgt dat er twee soorten Vlaamse parken zijn, met name een Nationaal Park Vlaanderen of een Landschapspark. Een Nationaal Park Vlaanderen is een gebied van voldoende grote omvang dat een uitzonderlijke natuurkwaliteit en een internationale uitstraling heeft⁵³. Een grensoverschrijdend Nationaal Park Vlaanderen is een Nationaal Park Vlaanderen dat minstens één gewest- of landsgrens overschrijdt⁵⁴.

44. Een landschapspark is een gebied met internationale uitstraling waar de langdurige wisselwerking tussen mens en natuur heeft geleid tot een specifiek landschap met belangrijke ecologische, abiotische, biotische, culturele of landschappelijke waarden en met een uitgesproken landschapskwaliteit, waarin vanuit een integrale visie ruimte is voor erfgoed, recreatie, natuur, landbouw, wonen, economie en toerisme. Een Landschapspark is een geografisch afgebakend gebied dat een grote ruimtelijke samenhang vertoont en een minimale oppervlakte van 10.000 ha heeft⁵⁵. Een grensoverschrijdend Landschapspark is een Landschapspark dat minstens één gewest- of landsgrens overschrijdt⁵⁶.

45. Bij de term *regionaal landschap* is enige oplettendheid vereist. Een landschap wordt gedefinieerd als een deel van het grondgebied, zoals dat door de menselijke bevolking wordt waargenomen en waarvan het karakter bepaald wordt door natuurlijke of menselijke factoren en de wisselwerking daartussen⁵⁷.

⁵¹ Art. 2 ontwerpdecreet.

⁵² Art. 2, 18° ontwerpdecreet.

⁵³ Art. 4, § 1 ontwerpdecreet. Nadere toelichting volgt verder in deze tekst.

⁵⁴ Art. 2, 6° ontwerpdecreet.

⁵⁵ Art. 3, § 1 ontwerpdecreet.

⁵⁶ Art. 2, 5° ontwerpdecreet.

⁵⁷ Art. 2, 7° ontwerpdecreet. Deze definitie is identiek aan deze in art. 2.1, 33° Decreet Onroerend Erfgoed.

Een “regionaal landschap” is (hoewel men dat terminologisch zou verwachten) evenwel geen deel van een grondgebied. De term wordt gegeven aan een instantie, bestuur of administratie. Een “regionaal landschap” is een duurzaam interbestuurlijk en intersectoraal samenwerkingsverband tussen maatschappelijke en bestuurlijke actoren onder de vorm van een private vereniging zonder winstuitkeringsoogmerk⁵⁸. Van een regionaal landschap moet het *parkbureau* worden onderscheiden. Dat laatste is een rechtspersoon zonder winstoogmerk aan wie het management van een Vlaams Park is toegewezen⁵⁹.

46. Onder *algemene landschapszorg* wordt verstaan het onderzoeken en duurzame behouden, beheren, herstellen, ontwikkelen en ontsluiten van het landschap en de landschapskwaliteit⁶⁰. Met *landschapskwaliteit* wordt verstaan het geheel van eigenschappen van een landschap dat bepaald wordt door de fysisch-geografische, ecologische, cultuurhistorische, culturele, economische en esthetische elementen, patronen, processen en kenmerken en hun onderlinge samenhang en de waarden en betekenissen die gemeenschappen eraan verbinden en door de mate waarin die eigenschappen tegemoetkomen aan de verwachtingen en denkbeelden van gemeenschappen⁶¹.

47. Een *gebiedscoalitie* is een coalitie van samenwerkende partners die daartoe een duurzame en langdurige werking opzetten met het oog op het realiseren van de specifieke doelstellingen voor de betrokken gebiedserkenning, ze vormt de verzameling van instanties, organisaties en betrokkenen die een gezamenlijke missie voor het Vlaams Park uitdragen en instaan voor de realisatie van de langetermijnvisie⁶². Een parknota is de nota ingediend door een gebiedscoalitie waarin de kandidatuur van een Vlaams Park en de samenstelling van het parkbureau worden beschreven⁶³.

48. Het masterplan is een inhoudelijk en strategisch plan, dat de wijze vaststelt waarop in het Vlaams Park de doelen, vermeld in artikel 3 of 4, worden uitgevoerd en de langetermijnvisie en langetermijndoelstellingen van een Vlaams Park voor een periode van 24 jaar vaststelt⁶⁴. Het wordt onderscheiden van een

⁵⁸ Art. 19 ontwerpdecreet, waarnaar wordt verwezen in art. 2, 17 ontwerpdecreet. Er bestaan in Vlaanderen al tal van regionale landschappen, zie <https://www.regionalelandschappen.be/>, en dit op grond van de artikelen 53 e.v. van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu.

⁵⁹ Art. 2, 15° ontwerpdecreet. De taken van het parkbureau worden toegelicht in art. 12 ontwerpdecreet.

⁶⁰ Art. 2, 1° ontwerpdecreet. In art. 2.1, 3° Decreet Onroerend Erfgoed wordt algemene landschapszorg als volgt gedefinieerd: “*het stimuleren van het behoud, het herstel en de ontwikkeling van cultuurhistorische, fysisch-geografische en esthetische landschapswaarden en van typische landschapskenmerken waaronder kleine landschapselementen*”.

⁶¹ Art. 2, 9° ontwerpdecreet.

⁶² Art. 2, 4° ontwerpdecreet.

⁶³ Art. 2, 16° ontwerpdecreet.

⁶⁴ Art. 2, 11° *juncto* 9, tweede lid ontwerpdecreet.

operationeel plan dat de concrete uitwerking bevat van het masterplan voor een periode van 6 jaar⁶⁵.

49. Met zelfrealisatie tot slot, wordt binnen deze context bedoeld het geheel of gedeeltelijk realiseren en in voorkomend geval het in stand houden, van bepaalde doelstellingen van een Vlaams Park als vermeld in artikelen 3 en 4, door één of meer private eigenaars en grondgebruikers wiens onroerend goed gelegen is in een Vlaams Park en waarvan de uitwerking en de wijze van uitvoering opgenomen is in het masterplan en het operationeel plan, vermeld in artikel 9, derde lid⁶⁶.

c) Nationaal Park Vlaanderen nader toegelicht

50. Hierboven zagen we al dat een Nationaal Park Vlaanderen een gebied is van *voldoende grote omvang* dat een *uitzonderlijke natuurkwaliteit* en een *internationale uitstraling* heeft. Volgens deze definitie vertoont een Nationaal Park Vlaanderen derhalve drie kwaliteiten: 1) een voldoende grote omvang, 2) een uitzonderlijke natuurkwaliteit en 3) een internationale uitstraling. Het valt bezwaarlijk te betwisten dat dit nogal vage en zeer relatieve termen zijn, waarvan de invulling erg plaats- en tijdgebonden is. In artikel 4, § 1 ontwerpdecreet wordt nadere toelichting gegeven. Een Nationaal Park Vlaanderen is samenhangend en kan worden opgedeeld in zones, met minstens één natuurkern.

51. Een natuurkern bestaat uit een gebied met één of meerdere van de volgende bestemmingen of beschermingen: 1° de ruimtelijk kwetsbare gebieden, vermeld in artikel 1.1.2, 10° VCRO⁶⁷; 2° bestemming waterweg of een gelijkwaardige bestemming aangewezen op de plannen van aanleg of de goedgekeurde ruimtelijke uitvoeringsplannen van kracht in de ruimtelijke ordening; 3° speciale beschermingszones zoals gedefinieerd in artikel 2, 43° van het Natuurdecreet; 4° militaire domeinen met een belangrijke natuurfunctie, die onder toepassing van de overeenkomst betreffende het natuurbehoud en het bosbeheer vallen, af-

⁶⁵ Art. 2, 14° *juncto* 9, tweede lid ontwerpdecreet.

⁶⁶ Art. 2, 20° ontwerpdecreet. De term zelfrealisatie wordt dan wel niet gedefinieerd, maar wel gehanteerd in het Vlaams Onteigeningsdecreet van 24 februari 2017, *BS* 25 april 2017.

⁶⁷ Er is dus wel enig verband tussen de parkenregelgeving en de reguliere Vlaamse regeling inzake de ruimtelijke ordening en de stedenbouw. De ruimtelijk kwetsbare gebieden zijn a) de volgende gebieden, aangewezen op plannen van aanleg: 1) agrarische gebieden met ecologisch belang, 2) agrarische gebieden met ecologische waarde, 3) bosgebieden, 4) brongebieden, 5) groengebieden, 6) natuurgebieden, 7) natuurgebieden met wetenschappelijke waarde, 8) natuurontwikkelingsgebieden, 9) natuurreservaten, 10) overstromingsgebieden, 11) parkgebieden, 12) valleigebieden, b) gebieden, aangewezen op ruimtelijke uitvoeringsplannen, en sorterend onder één van volgende categorieën of subcategorieën van gebiedsaanduiding: 1) bos, 2) parkgebied, 3) reservaat en natuur, c) het Vlaams Ecologisch Netwerk, bestaande uit de gebiedscategorieën Grote Eenheden Natuur en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling, vermeld in het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, d) de beschermde duingebieden en de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, aangeduid krachtens artikel 52, § 1 van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud.

gesloten tussen Belgische Staat en het Vlaams Gewest op 17 april 2007⁶⁸ of 5^o gebieden met een maritieme component, afgebakend volgens of in uitvoering van internationale overeenkomsten of verdragen betreffende het natuurbehoud of van akten betreffende het natuurbehoud, met inbegrip van Europese richtlijnen, vastgesteld op grond van internationale verdragen⁶⁹.

52. De Vlaamse regelgeving inzake de Nationale Parken is dynamisch opgevat: er liggen tal van doelstellingen of ambities in vervat. Zo wordt bepaald dat de gezamenlijke oppervlakte van de natuurkernen op het moment van de erkenning minimaal 5.000 hectare moet zijn⁷⁰ en dat 24 jaar na erkenning de natuurkernen tot minimaal 10.000 hectare uitgebreid (moeten) zijn⁷¹. De vraag rijst wat de sanctie is als deze minimale toekomstige oppervlakte niet wordt bereikt. De Vlaamse Regering kan afwijken van deze minimale oppervlakte van 10.000 hectare, mits het park voldoende onderscheidend is, bijzondere kenmerken vertoont of bijzondere kwaliteiten bezit. De Vlaamse Regering zal hiervoor de nadere regels bepalen⁷². De vraag is dan wel wat met voldoende onderscheidend, bijzondere kenmerken of bijzondere kwaliteiten wordt bedoeld. Het lijken allemaal termen te zijn die een zeer brede marge aan discretionaire beoordeling toelaten.

53. Op het ogenblik van de erkenning is minstens de helft van de natuurkernen gevat door een natuurbeheerplan type 3 of 4, zoals bepaald in artikel 16^{ter} van het Natuurdecreet. Indien er nog geen natuurbeheerplan is opgemaakt, bestaat het engagement om een natuurbeheerplan type 3 of 4 op te maken. Na 10 jaar ligt minstens de helft van de natuurkernen effectief onder natuurbeheerplan type 3 of 4, 24 jaar na de erkenning is dit 75 % van de oppervlakte van de natuurkern. Deze voorwaarde natuurbeheerplan type 3 of 4 geldt niet voor militaire domeinen. Voor de terreinen in eigendom van de Vlaamse overheid geldt de verplichting voor een natuurbeheerplan type 4, hier kan mits grondige motivering van worden afgeweken⁷³.

d) Wat is het doel van een Nationaal Park Vlaanderen?

54. Een erkend Nationaal Park Vlaanderen heeft verscheidene doelen met name: 1^o het in stand houden, en ontwikkelen van de natuur, van de biologische diversiteit en van het natuurlijk milieu van de natuurkernen en in het bijzonder: a) het beheren van het gebied in een zo natuurlijk mogelijke staat voor zover rekening wordt gehouden met punten b) en c); b) het in stand houden en het ont-

⁶⁸ Zie hierover meer <https://natura2000.vlaanderen.be/project/life-project-danah>. Het LIFE-programma is een subsidiëringsprogramma van de Europese Unie voor milieu en klimaatactie (https://cinea.ec.europa.eu/programmes/life_en).

⁶⁹ Art. 4, § 1, 3e lid ontwerpdecreet.

⁷⁰ Art. 4, § 1, 4e lid ontwerpdecreet.

⁷¹ Art. 4, § 1, 5e lid ontwerpdecreet.

⁷² Art. 4, § 1, 4e lid ontwerpdecreet.

⁷³ Art. 4, § 1, laatste lid ontwerpdecreet.

wikkelen van leefgebieden van inheemse soorten met het oog op levensvatbare, ecologisch functionerende en voldoende veerkrachtige populaties; c) het leveren van een bijdrage tot regionale, Europese en internationale natuurbehouds- en instandhoudingsdoelstellingen inclusief halfnatuurlijke landschappen; 2° het behouden, het beheren en het ontwikkelen van culturele waarden binnen het werkingsgebied met inbegrip van de erfgoedwaarde en landschapskwaliteit; 3° het ontwikkelen en het promoten van toerisme en recreatie in en rond het park waarbij meerwaarde voor het natuurbehoud, de lokale bewonersgemeenschappen, de ondernemers en de bezoekers wordt gecreëerd; 4° het leveren van een bijdrage aan een duurzame economische en sociale ontwikkeling van de lokale bewonersgemeenschappen en de bedrijvigheid in het gebied⁷⁴.

55. Waar mogelijk, worden – aldus de ontwerpdecreetgever – de doelen gerealiseerd door zelfrealisatie⁷⁵. Wat dus betekent dat het geheel of gedeeltelijk realiseren en in voorkomend geval het in stand houden van bepaalde doelstellingen van een Vlaams Park als vermeld in artikelen 3 en 4, geschiedt door één of meer private eigenaars en grondgebruikers wiens onroerend goed gelegen is in een Vlaams Park en waarvan de uitwerking en de wijze van uitvoering opgenomen zijn in het masterplan en het operationeel plan, vermeld in artikel 9, derde lid ontwerpdecreet⁷⁶.

56. Hierbij rijzen enkele vragen: 1° Wie zal beoordelen of de zelfrealisatie al dan niet mogelijk is? En 2° wat als wordt geoordeeld dat de beoogde doelen niet via zelfrealisatie zouden kunnen worden bereikt? Wordt er dan onteigend? Laat ons niet vergeten dat de Vlaamse Regering krachtens artikel 7 Vlaams Onteigeningensdecreet tot onteigening kan overgaan in de gevallen waarin ze oordeelt dat de onteigening noodzakelijk is voor de uitwerking van de infrastructuur of het beleid met betrekking tot gemeenschaps- en gewestelijke aangelegenheden⁷⁷. Een uitdrukkelijke rechtsgrond of habilitatie in het ontwerpdecreet is derhalve niet vereist.

H. WEL OF GEEN RECHTSGEVOLGEN VAN DE ERKENNING ALS VLAAMS NATIONAAL PARK OF ALS LANDSCHAPSPARK?

Algemeen

57. Wanneer iets decretaal (dus juridisch of wettelijk) wordt geregeld, rijst onmiddellijk de vraag naar de rechtsgevolgen, in dit geval de erkenning als Vlaams Nationaal Park of als Landschapspark. In een reactie op de bezorgdheid van VOKA Limburg dat het Vlaamse Parkendecreet gevolgen zou hebben voor

⁷⁴ Art. 4, § 2 ontwerpdecreet.

⁷⁵ Art. 4, § 3 ontwerpdecreet.

⁷⁶ Art. 2, 20° ontwerpdecreet.

⁷⁷ Art. 7 VI.Decr. 24 februari 2017 betreffende de onteigening voor het algemeen nut, *BS* 25 april 2017.

de ruimte van ondernemers antwoordde de Vlaams minister van Omgeving: “*In het Parkendecreet is verankerd dat er geen rechtsgevolgen en beperkingen gelden voor industrie en landbouw wanneer een gebied als park erkend wordt. (...) Op het terrein heeft een erkenning als park geen rechtsgevolgen. Zowel het eigendomsrecht als de bestemming van de grond wijzigt niet. Het kaderdecreet regelt de erkenningsvoorwaarden, statuten en beheersstructuur van de toekomstige Vlaams parken. En niet meer dan dat. Dit werd zo verankerd in het decreet.*”⁷⁸

Erkenning op zich genereert geen bijkomende verplichtingen of beperkende maatregelen

58. De bevoegde minister verwijst in het bijzonder naar artikel 8 van het ontwerpdecreet. Dat bepaalt “*(dat) de erkenning als Vlaams Park of de werking van het parkbureau op zich geen verplichtingen of geen beperkende maatregelen (genereert) bovenop de vigerende regelgeving voor de houders van zakelijke rechten⁷⁹ binnen een Vlaams Park of voor de gebruikers⁸⁰ ervan, behoudens anders overeengekomen*”. Niet onbelangrijk lijken hierbij het woordjes “*op zich*” te zijn. Allicht wordt hiermee bedoeld dat binnen het (te creëren) wettelijk kader van het Parkendecreet alleen, de erkenning als Vlaams Park geen onmiddellijke en rechtstreekse verplichtingen of beperkende maatregelen genereert *bovenop* de bestaande regelgeving.

En wat met onrechtstreekse en toekomstige (rechts)gevolgen?

59. Uit artikel 8 van het ontwerpdecreet kan maar worden afgeleid wat er precies te lezen staat. Niet meer, maar ook niet minder. Het klopt dat in het ontwerpdecreet zelf geen *onmiddellijke* en/of *rechtstreekse* rechtsgevolgen voor eigenaars en gebruikers zijn voorzien. Uit het feit dat in het ontwerpdecreet geen onmiddellijke en/of rechtstreekse gevolgen zijn voorzien voor gebruikers en eigenaars, kan evenwel niet worden afgeleid dat de erkenning als Nationaal Park Vlaanderen geen rechtsgevolgen voor gebruikers en/of eigenaars zal hebben, en zelfs niet dat dit (vanaf de aanneming van het decreet zelf) geen rechtsgevolgen heeft.

60. Als een grond deel uitmaakt van een zone die als Nationaal Park Vlaanderen wordt erkend, is dat zonder meer *een feit*. De kwalificatie Nationaal Park

⁷⁸ <https://vilt.be/nl/nieuws/demir-vlaams-parken-zijn-geen-bedreiging-maar-net-grote-kans-voor-economie-en-landbouw>.

⁷⁹ Onder zakelijke rechten wordt verstaan: het eigendomsrecht, de mede-eigendom, de erfdiensbaarheden, het recht van vruchtgebruik, erfpacht en opstal.

⁸⁰ Onder gebruiker wordt verstaan: de persoon die als eigenaar, mede-eigenaar, vruchtgebruiker, erfpachthouder of opstalhouder het goed exploiteert of die het onroerend goed huurt conform boek III, titel VIII van het oud Burgerlijk Wetboek of het Vlaams Woninghuurdecreet.

heeft derhalve op die grond betrekking, ongeacht of de juridische ruimtelijke bestemming ervan wijzigt of niet. Welnu, dit feit zal zonder meer onmiddellijk en rechtstreeks relevant zijn indien een overheid dient te oordelen of te adviseren over een aanvraag tot het bekomen van een omgevingsvergunning. Artikel 4.3.1, § 1, d) VCRO bepaalt immers dat de vergunning wordt geweigerd indien het aangevraagde onverenigbaar is met de goede ruimtelijke ordening. De overeenstemming met de ruimtelijke ordening wordt volgens artikel 4.3.1, § 2 VCRO beoordeeld met inachtneming van een aantal specifieke beginselen: het aangevraagde wordt, voor zover noodzakelijk of relevant, beoordeeld aan de hand van aandachtspunten en criteria die betrekking hebben op de functionele inpasbaarheid, de mobiliteitsimpact, de schaal, het ruimtegebruik en de bouwdichtheid, visueel-vormelijke elementen, cultuurhistorische aspecten en het bodemreliëf, en op hinderaspecten, gezondheid, gebruiksgenot en veiligheid in het algemeen, in het bijzonder met inachtneming van de doelstellingen van artikel 1.1.4 VCRO. Artikel 1.1.4 VCRO bepaalt nu dat de ruimtelijke ordening is gericht op een duurzame ruimtelijke ontwikkeling waarbij de ruimte beheerd wordt ten behoeve van de huidige generatie, zonder dat de behoeften van de toekomstige generaties in het gedrang gebracht worden. *“Daarbij worden de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar afgewogen. Er wordt rekening gehouden met de ruimtelijke draagkracht, de gevolgen voor het leefmilieu en de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen. Op deze manier wordt gestreefd naar ruimtelijke kwaliteit.”* Het spreekt voor zich dat vergunningverlenende of adviesverlenende overheden, of derden, zich op deze bepalingen zullen kunnen beroepen om te motiveren, te adviseren of te betogen dat het aangevraagde onverenigbaar is met de kwalificatie van Nationaal Park Vlaanderen.

61. Naast dit onrechtstreekse doch onmiddellijke gevolg van de erkenning moet uiteraard ook rekening worden gehouden met mogelijke toekomstige gevolgen. Het Decreet Vlaamse Parken en Algemene Landschapszorg wordt een *kaderdecreet* genoemd. Niets belet dat dit kaderdecreet nog verder decretaal wordt aangevuld of gewijzigd of dat andere of nieuwe decreten *wel* nog rechtsgevolgen koppelen aan de erkenning, zoals bijvoorbeeld een verbod om de binnen de perimeter van het erkende Nationaal Park Vlaanderen gelegen gronden te gebruiken, (commercieel) te ontginnen of te exploiteren, en aldus landbouw, bosbouw en jacht te beperken of zelfs te verbieden. Immers, toen de Vlaamse Regering bij besluit van 24 mei 2002 overging tot de vaststelling van de speciale beschermingszones (Habitatrichtlijngebieden en Vogelrichtlijngebieden)⁸¹ waren in dat besluit ook geen onmiddellijke en rechtstreekse rechtsgevolgen voor eigenaars en/of gebruikers te lezen. Wie vandaag gronden gelegen in of rondom

⁸¹ B.VI.Reg. 24 mei 2002 tot vaststelling van de gebieden die in uitvoering van artikel 4, lid 1 van richtlijn 92/43/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna aan de Europese Commissie zijn voorgesteld als speciale beschermingszones (BS 17 augustus 2002).

deze speciale beschermingszones bezit of/en gebruikt, weet wat de (rechts)gevolgen ervan zijn⁸².

62. Tot slot zij het benadrukt dat de realisatie van (de doelstellingen van) een Nationaal Park Vlaanderen een onteigeningsdoel kan uitmaken, voor zover en in de mate dat de doelen van het Nationaal Park Vlaanderen niet door zelfrealisatie kunnen worden gerealiseerd. Ook dat is uiteraard een niet te onderschatten rechtsgevolg. Aangezien er bij de erkenning van een Nationaal Park Vlaanderen geen sprake is van een formele ruimtelijke bestemmingswijziging, kan de regel van de planologische neutraliteit⁸³ van de onteigeningsvergoeding ook niet spelen. Dit belet evenwel niet dat de regel van de doelneutraliteit van de onteigeningsvergoeding allicht wel aan de orde is⁸⁴.

Tussenbesluit

63. Hoewel in het ontwerpdecreet uitdrukkelijk bepaald wordt dat de erkenning op zich geen bijkomende verplichtingen of beperkende maatregelen oplegt t.a.v. gebruikers en eigenaars, lijken er wel degelijk (rechts-)gevolgen te zijn en kunnen er meer dan waarschijnlijk ook rechtsgevolgen kunnen worden verwacht die verplichtingen of beperkende maatregelen impliceren t.a.v. eigenaars en gebruikers. Ook het feit dat voor de realisatie van een Nationaal Park Vlaanderen kan worden onteigend lijkt toch een belangrijk rechtsgevolg te zijn.

V. BESLUIT

64. Natuur en klimaat zijn *hot*, een rechtstreeks gevolg van *de opwarming van de aarde*. Dit vertaalt zich ook beleidsmatig. Uiteraard moeten natuur en klimaat zoveel als mogelijk worden gevrijwaard. Deze pogingen tot vrijwaring komen

⁸² Stikstof, *say no more*. <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be/?search=Programmatische%20aanpak%20stikstof%20>.

⁸³ Art. 63 Vlaams Onteigeningsdecreet: “1. Als wordt onteigend ter verwezenlijking van een ruimtelijk uitvoeringsplan, plan van aanleg, voorkeursbesluit of projectbesluit, wordt bij het bepalen van de waarde van het onteigende onroerend goed of zakelijk recht geen rekening gehouden met de waardevermeerdering of de waardevermindering die voortvloeit uit de voorschriften van dat ruimtelijk uitvoeringsplan, plan van aanleg, voorkeursbesluit of projectbesluit, ongeacht wie de onteigenende overheid is. De onteigeningen die achtereenvolgens plaatsvinden ter verwezenlijking van een ruimtelijk uitvoeringsplan, voorkeursbesluit of projectbesluit, met inbegrip van een herzien ruimtelijk uitvoeringsplan, voorkeursbesluit of projectbesluit, worden voor de waardebeoordeling van de te onteigenen onroerende goederen of zakelijke rechten geacht een geheel te vormen op de datum van het eerste onteigeningsbesluit. § 2. Paragraaf 1 is alleen van toepassing als het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg, voorkeursbesluit of projectbesluit niet meer dan vijf jaar voor het nemen van het definitief onteigeningsbesluit definitief is vastgesteld.”

⁸⁴ Art. 62, eerste lid Vlaams Onteigeningsdecreet: “Bij het bepalen van de vergoeding voor het onteigende onroerend goed of zakelijk recht wordt geen rekening gehouden met de waardevermeerdering of waardevermindering die voortvloeit uit het doel van de onteigening zelf of uit de uitvoering van werken waarvoor de onteigening is toegestaan.”

STIJN VERBIST

evenwel met een prijs. Deze prijs wordt deels betaald door de belastingbetaler en deels door de (private) eigenaars (algemeen: houders van zakelijke rechten) en gebruikers van gronden, weiden, bossen, akkers, velden, heiden, vennen ... Het uitspreken van deze belangen en van de schade die eigenaars en gebruikers mogelijk leiden mag in een open samenleving en in een democratische rechtsstaat die België claimt te zijn, geen taboe zijn.

April 2023

FIDES PUBLICA EN DE NOTARIS. DE ACTIEVE ROL VAN DE NOTARIS NA HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 22 JANUARI 2021

Benjamin VERHEYE

1. INLEIDING

1. CASS. 22 JANUARI 2021 – Het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021 kan zonder enige overdrijving nu reeds een van de belangrijkste arresten van dit decennium worden genoemd¹. Het is dan ook logisch dat dit arrest – samen met het na een tweede verwijzing naar een hof van hoger beroep gewezen arrest² – in twee jaar tijd zoveel aandacht heeft gekregen in de rechtsleer³.

In essentie volgt uit dit arrest dat de retroactieve beëindiging van een overgeschreven titel en bijgevolg het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de titularis van een onroerend zakelijk recht geen gevolgen heeft voor een beperkt zakelijk recht – in het concrete geval een hypotheekrecht – dat ondertussen onder bezwarende titel is gevestigd op dat onroerend zakelijk recht ten voordele van een derde te goeder trouw. Het Hof van Cassatie introduceert in dit arrest een (meer) veralgemeende goederenrechtelijke leer van onroerende schijneigendom in het Belgische recht.

2. IMPACT OP DE NOTARIS – Voor de Belgische notaris is het voormelde arrest van bijzonder belang. In het merendeel van de gevallen zal de titel waarop de derde te goeder trouw voortgaat immers een notariële authentieke akte zijn. Die notariële akte zal hierna zelfs de belangrijkste factor blijken te zijn bij het ont-

¹ Zie hiervoor: Cass. 22 januari 2021, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210122.1N.29, *Arr.Cass.* 2021, nr. 13, *RW* 2020-21, 1335, noot B. VERHEYE; *Not.Fisc.M.* 2022, 87, noot V. SAGAERT, *TBBR* 2022, 285, noot M.E. STORME en R. JANSEN, *TBH* 2021, 784, *T.Not.* 2021, 390, noot X.

² Zie: Gent 29 maart 2022, *TIBR* 2022, 5.

³ Zie o.a.: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 38-46; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1358; M.E. STORME en R. JANSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 285-294; V. VANBEYLEN, “Gevolgen van het tenietgaan van zakelijke rechten onder het nieuwe goederenrecht: enkele takeaways voor de notariële praktijk”, *Nieuwsbrief Notariaat* 2022/9, (1) 4 e.v.; M. VAN DE LOOVERBOSCH, “Vertrouwensbeginsel beschermt derde-hypotheekhouder te goeder trouw”, *TBH* 2021, (785) 785-789; B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het BW”, *T.Not.* 2021, (1039) 1086-1087, nr. 54. Het eerste deel van deze bijdrage is gebaseerd op: B. VERHEYE, “De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht (noot onder Cass. 22 januari 2021)”, *RW* 2020-21, (1335) 1335-1342.

staan van de *fides publica* waartoe men kan besluiten op basis van het voormelde arrest.

Op deze manier geeft het Hof van Cassatie dus onrechtstreeks een (nog) ruimere invulling aan de actief authenticerende rol van de notaris. Actieve authenticering 2.0, als het ware.

2. CASS. 22 JANUARI 2021

3. FEITEN EN VOORAFGAANDELIJKE PROCEDURE – De feiten die ten grondslag liggen aan het voormelde arrest zijn door de vele betrokken partijen enigszins complex. Partijen A, B en C kopen in 1989 samen een onroerend goed aan. Vervolgens treden deze partijen in 2007 uit onverdeeldheid en bekomt C het goed geheel in eigendom. In 2008 kent C een hypotheekrecht toe op dit onroerend goed aan D. Echter, op vordering van de bewindvoerder van A wordt de uitoonverdeeldheidtrekking tussen A, B en C retroactief vernietigd door de rechter in eerste aanleg.

Verschillende partijen tekenen beroep aan tegen deze uitspraak in eerste aanleg, doch het hof van beroep bevestigt deze uitspraak voor wat de vernietiging betreft en bevestigt bovendien dat deze vernietiging *ex tunc* werkt. Dit heeft tot gevolg dat het hypotheekrecht van D tenietgaat, aangezien D dit heeft verkregen van een (retroactief) beschikkingsonbevoegde rechtsvoorganger. Precies om dit te voorkomen had D gevorderd dat de vernietiging slechts *ex nunc* zou worden uitgesproken, aangezien C in dat geval wel nog beschikkingsbevoegd zou geweest zijn op het moment dat hij een hypotheekrecht toekende aan D.

D leidt vervolgens een voorziening in cassatie in tegen dit arrest. Bij arrest van 28 september 2017 oordeelt het Hof van Cassatie dat deze voorziening gegrond is in zoverre het arrest van het hof van beroep, net zoals de rechter in eerste aanleg, de vernietiging *ex tunc* uitspreekt. Het Hof van Cassatie verwijst de zaak naar een ander hof van beroep, dat echter net zoals het eerste hof van beroep oordeelt dat de vordering van D om de vernietiging slechts *ex nunc* uit te spreken ongegrond is.

D leidt ten slotte opnieuw een voorziening in cassatie in tegen dit arrest.

4. IN RECHTE – In zijn arrest van 22 januari 2021 bevestigt het Hof van Cassatie zijn eerdere arrest van 28 september 2017, daarin tevens gesteund door de conclusie van advocaat-generaal Mortier. In beknopte bewoordingen oordeelt het Hof namelijk dat de goederenrechtelijke positie van hypotheekhouder D toch beschermd wordt, ook al wordt de vernietiging van de titel van zijn rechtsvoorganger C met retroactieve werking uitgesproken.

Het Hof formuleert meer bepaald een voorbehoud ten aanzien van de werking van artikel 74 Hyp.W. (cf. *infra*, nr. 6): “Indien de titel van diegene die de hypotheek heeft verleend met terugwerkende kracht tenietgaat, gaat bijgevolg ook de hypotheek teniet, onder het voorbehoud van de bescherming van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen.” Het Hof verwijst daarbij expliciet naar de vertrouwensleer: “De appelrechter die oordeelt dat de nietigverklaring *ex tunc* van de koopovereenkomst ook het tenietgaan van de hypotheek van de eiseres tot gevolg heeft en de aangevoerde goede trouw van de eiseres daaraan geen afbreuk kan doen en aldus nalaat de toepassing van de vertrouwensleer [eigen onderlijning] in zijn oordeel te betrekken, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.”

3. NAAR POSITIEVERE ONROERENDE PUBLICITEIT

5. NAAR POSITIEVE(RE) ONROERENDE PUBLICITEIT – Het arrest van 22 januari 2021 vormt de voorlopig laatste stap in een evolutie van strikt negatieve naar positievere onroerende publiciteit die plaatsvindt in het Belgische recht⁴. Het (ook in rechtsvergelijkend perspectief bekende) onderscheid tussen negatieve en positieve onroerende publiciteit betreft met name de vermogensrechtelijke gevolgen van onroerende publiciteit.

Negatieve publiciteit garandeert in essentie enkel dat wat niet gepubliceerd is, terwijl het dat wel had moeten zijn, niet tegenstelbaar is (in declaratieve stelsels met tegenstelbaarheidseffect) of niet bestaat (in constitutieve stelsels). Met andere woorden: zonder publiciteit kunnen deze rechtsgevolgen, zijnde de tegenstelbaarheid of totstandkoming van de gepubliceerde titel, niet intreden. Vandaar: een negatief stelsel. Over wat wél gepubliceerd is worden echter geen garanties geboden. Met andere woorden: mét publiciteit treden de rechtsgevolgen niet noodzakelijk in⁵.

In positieve publiciteitsstelsels, daarentegen, kent de onroerende publiciteit verdergaande gevolgen. Positieve publiciteit garandeert namelijk tevens (in bepaalde mate) de juistheid van wat wel gepubliceerd is en is in dat opzicht

⁴ Zie uitgebreid: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 76, 317 e.v. Zie ook bv. V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 39; V. VAN-BEYLEN, “Gevolgen van het tenietgaan van zakelijke rechten onder het nieuwe goederenrecht: enkele takeaways voor de notariële praktijk”, *Nieuwsbrief Notariaat* 2022/9, (1) 5.

⁵ Zie vanuit internationaal perspectief bv.: H.A.L. DEKKER, *Nationale Grondboekhoudingen. Overzicht Kadastersystemen*, Leiden, Nederlandse Uitgeversmij. (NUMIJ), 1987, 58-59. Zie vanuit Belgisch perspectief o.a.: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1356; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II en V*, Mariakerke, eigen beheer, 2018, 858; M.E. STORME, “Het grondboek: de vereiste hervorming van de regels betreffende de verkrijging van onroerende zakelijke rechten”, *RW* 1997-98, (1173) 1179; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 72 e.v.

bepalend voor de concreet gepubliceerde rechtstoestand⁶. Vandaar: een positief stelsel. In positieve stelsels is publiciteit dus een noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor het intreden van het rechtsgevolg. Wel bestaan er gradaties met betrekking tot 1) de personen aan wie deze juistheidsgarantie geboden wordt en 2) in welke mate zij geboden wordt: 1) enkel aan (bepaalde) derden-verkrijgers – soms spreekt men dan van semipositieve stelsels⁷ – of aan iedereen en 2) voor alle inhoud of enkel voor een beperkt deel van die inhoud. In mijn proefschrift hanteer ik als verzamelterm voor al deze gevolgen van de onroerende publiciteit de “betrouwbaarheidsgevolgen”⁸.

6. EEN GRADUEEL ONDERSCHIED – Het is belangrijk om in te zien dat het onderscheid tussen negatieve en positieve publiciteit niet absoluut, doch gradueel is⁹. Het ene stelsel is positiever of negatiever dan het andere, maar er is geen enkel stelsel volkomen negatief of positief. Het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021 zorgt er vanuit dat oogpunt net voor dat het Belgische onroerendepubliciteitssysteem (aanzienlijk) positiever wordt (*cf. infra*, nr. 7).

Klassiek staat de Belgische onroerende publiciteit immers als strikt negatief te boek¹⁰. Door artikel 3.30, § 2 BW (het oude art. 1 Hyp.W.) wordt een derde die voldoet aan de voorwaarden enkel beschermd tegen die beschikkingsonbevoegdheid die voortvloeit uit een oorzaak die had moeten zijn gepubliceerd om tegenstelbaar te zijn, doch niet effectief is gepubliceerd. Buiten deze hypothese kunnen derden-verkrijgers echter geen aanspraak maken op enige bescherming tegen andere gevallen van beschikkingsonbevoegdheid, bijvoorbeeld de be-

⁶ Zie vanuit internationaal perspectief o.a.: K. DEININGER, *Land Policies for Growth and Poverty Reduction. A World Bank Policy Research Report*, Oxford, World Bank / Oxford University Press, 2003, 71, box 2.5; UNECE, *Land Administration Guidelines. With Special Reference to Countries in Transition*, New York / Genève, UN, 1996, 26; S.R. SIMPSON, *Land Law and Registration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, 16; J. ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration. Aspects and Effects*, Delft, Nederlandse Commissie voor Geodetie, 50. Zie vanuit Belgisch perspectief bv.: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 76 e.v.

⁷ Zie bv.: P.G.H.T. KONINGS, *De openbare registers ten hypotheekantore*, Deventer, Kluwer, 1990, 249.

⁸ Zie: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 76, 259 e.v.

⁹ Zie ook: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 145 e.v., 325, 335.

¹⁰ Zie o.a.: J. BYTTEBIER, *Publiciteit en onroerende zakelijke rechten. rechtsvergelijkend onderzoek en kritische analyse*, Leuven, diss. KU Leuven, 2006, 294 e.v.; R. DE CORTE, “Grondinformatiesystemen aanpassen of herdenken”, *RW* 1997-98, 1481-1486; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 1055; E. GENIN, “Traité des hypothèques et de la transcription”, *Rép.not.* 1988, nr. 9, 105; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXIX, Brussel, Bruylant, 1878, 187-188; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1356; V. SAGAERT, “Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers” in *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, (219) 219-236; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II en V*, 868, 876; M.E. STORME, “Het grondboek: de vereiste hervorming van de regels betreffende de verkrijging van onroerende zakelijke rechten”, *RW* 1997-98, (1173) 1173-1187; A.-C. STRANART en C. ALTER, “Quel est le sort de l’hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé?” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (493) 493-510; A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, “Onroerende en hypothecaire publiciteit. Organisatie en tegenwerpelijkheid”, *RW* 1997-98, (1099) 1099-1127.

schikkingsonbevoegdheid die voortvloeit uit de nietigheid van de titel van de rechtsvoorganger¹¹. Deze negatieve werking vat men klassiek onder het adagio “*La publicité ne purge pas l’acte de ses vices*” en werd ook in de klassieke rechtspraak bevestigd¹². Het contrast met de situatie bij roerende goederen, zoals geregeld door artikel 3.28 BW, kan niet groter zijn.

Ook artikel 74 Hyp.W. bevestigt deze negatieve werking¹³. In essentie richt deze bepaling zich op twee situaties: enerzijds op de hypotheek die is gevestigd op een onroerend zakelijk recht waarop de hypotheekgever zelf slechts een voorwaardelijk recht heeft en anderzijds op de hypotheek die is gevestigd op een onroerend zakelijk recht dat nadien blijkt onbestaande te zijn, bijvoorbeeld omdat het wordt aangetast door een nietigheid¹⁴. Aldus geeft artikel 74 Hyp.W. uiting aan het principe “*Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*”, dat op zijn beurt een toepassing is van het *nemo plus iuris*-beginsel¹⁵. Het is deze bepaling ten aanzien van dewelke het voormelde arrest precies een voorbehoud formuleert (*cf. supra*, nr. 4).

Voormelde klassieke opvatting kreeg echter veel kritiek te verduren, waarnaar ook advocaat-generaal Mortier verwijst in haar conclusie bij het in deze bijdrage besproken arrest. Reeds in 1899 doet volgens Sterpin de negatieve aard van het hypotheekregister afbreuk aan de stabiliteit van het eigendomsrecht¹⁶. Stranart en Alter pleitten in dit opzicht voor een positivering van het Belgische stelsel naar het voorbeeld van het Franse recht: door middel van een jurisprudentiële figuur als de *propriété apparente*¹⁷. Ook Sagaert was deze oplossing genegen¹⁸. Storme pleitte dan weer voor een volledige hervorming van het hypothecair

¹¹ Zie expliciet en helder: M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II en V*, 866.

¹² Zie o.a.: Cass. 3 september 2013, *Arr.Cass.* 2013, 1687, *RW* 2015-16, 265. Cass. 6 maart 2009, *Arr.Cass.* 2009, 729, *RW* 2009-10, 360, noot R. JANSEN; Luik 12 februari 1879, *Pas.* 1879, II, 121; Gent 27 mei 1957, *RW* 1957-58, 1754, *T.Not.* 1958, 15; Brussel 16 september 1999, *JT* 2001, 71; Brussel 25 oktober 2001, *JT* 2002, 66, noot; Rb. Charleroi 17 januari 1997, *Rec.gén.enr.not.* 1998, 38.

¹³ Zie ook bijvoorbeeld in het kader van het voormelde arrest: M. VAN DE LOOVERBOSCH, “Vertrouwensbeginsel beschermt derde-hypotheekhouder te goeder trouw”, *TBH* 2021, (785) 785. Zie uitgebreid: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 282.

¹⁴ Zie o.a.: K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken*, Antwerpen, Maklu, 2005, 591-594; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, 398-400; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 455; E. GENIN, *Rép.not.* 1988, 516; F. LAURENT, *Principes de droit civil belge*, XXX, Brussel, Bruylant, 1878, 444-445.

¹⁵ Zie bv.: K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken*, 591-594; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, 395-396; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1295.

¹⁶ Zie hiervoor: A. STERPIN, “Exposé raisonné des principales défauts du régime hypothécaire belge et des mesures de réforme susceptibles de le porter à la hauteur de tous les progrès réalisables”, *Rev. prat.not.b.* 1899, (33) 41.

¹⁷ Zie hiervoor: A.-C. STRANART en C. ALTER “Quel est le sort de l’hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé?” in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, (493) 506.

¹⁸ Zie hiervoor: V. SAGAERT, “Het rechtmatig vertrouwen van de schuldeisers in de hypothecaire registers” in *Liber amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, (219) 219-233.

systeem, waarbij geëvolueerd wordt in de richting van het positievere Duitse *Grundbuch*¹⁹.

7. IMPACT CASS. 22 JANUARI 2021 – Het arrest van 22 januari 2021 heeft een niet te onderschatten impact op deze discussie. Het Hof van Cassatie introduceert op deze wijze namelijk een meer algemene theorie van onroerende schijneigendom (“*propriété apparente immobilière*”) in het Belgische recht als uitzondering op het strikt negatieve karakter van de Belgische onroerende publiciteit (cf. *supra*, nr. 6), terwijl eerdere toepassingen meer punctueel waren²⁰. Er worden dan wel strikte voorwaarden geformuleerd – die later in dit randnummer worden weergegeven – maar binnen dat kader is er wel degelijk sprake van de theorie van onroerende schijneigendom (*propriété apparente*) op basis waarvan de derde-verkrijger die aan de nodige voorwaarden voldoet, wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid in hoofde van zijn rechtsvoorganger die voortvloeit uit de nietigheid van de titel van die rechtsvoorganger²¹.

De precieze voorwaarden waaraan een derde-verkrijger dient te voldoen om aanspraak te maken op deze nieuwe derdenbeschermingsregels zijn, zoals afgeleid uit het arrest, de volgende: 1) een derde dient 2) te goeder trouw 3) beperkte zakelijke rechten te hebben verkregen en dit 4) onder bezwarende titel²². Het Hof van Cassatie geeft daarbij expliciet aan dat er sprake is van een toepassing van de vertrouwensleer. In het goederenrecht is dergelijke algemene toepassing van de vertrouwensleer nieuw in tegenstelling tot in het verbintenissenrecht²³. Dat is een eerste reden waarom dit arrest zo baanbrekend is.

¹⁹ Zie hiervoor: M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II en V*, 901 e.v.; M.E. STORME, *RW* 1997-98, (1173) 1184-1186.

²⁰ Bijvoorbeeld: de beperking van het effect van de *actio pauliana*, de beperking van het effect van de indeplaatsstelling, enz. Zie o.a.: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 41-42; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1358 e.v.; M.E. STORME en R. JANSSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 289-290 (volgens deze auteurs zijn de uitzonderingen echter alle te verklaren vanuit de eigenheid van de figuur in kwestie en niet vanuit een ruimere tendens).

²¹ Zie ook: M.E. STORME en R. JANSSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 288.

²² Zie ook: N. CARETTE en R. JANSSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 134; V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 42-43; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1358; M.E. STORME en R. JANSSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 288; M. VAN DE LOOVERBOSCH, “Vertrouwensbeginsel beschermt derde-hypotheekhouder te goeder trouw”, *TBH* 2021, (785) 788-789.

²³ Zie ook: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 39. Zie over de verbintenissenrechtelijke vertrouwensleer o.a.: P. DE HARVEN, “Etude sur la notion de l’apparence en droit privé” *Rev.dr.b.* 1938, (91) 91 e.v.; P.-A. FORIERS, “L’apparence, source autonome d’obligations, ou application du principe général de l’exécution de bonne foi (noot onder Cass. 20 juni 1988)”, *JT* 1989, (541) 543; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, (95)

Op het vlak van de onroerende publiciteit, ten tweeden, zorgt het voormelde arrest er in essentie voor dat het Belgische systeem opschuift langs de as die gevormd wordt tussen negatieve en positieve publiciteit en positiever wordt²⁴. Hierdoor wordt ook het verschil met de ons omringende rechtsstelsels (Frankrijk, Duitsland, Nederland) kleiner²⁵, zoals ook advocaat-generaal Mortier aangeeft. Immers, derden mogen voortaan ook meer vertrouwen op de juistheid van wat in de hypothecaire registers gepubliceerd is. Of beter: indien dit toch niet juist blijkt te zijn en een vervreemder nadien toch (retroactief) beschikkingsonbevoegd blijkt te zijn, dan deert dit hen niet, mits zij voldoen aan de gestelde voorwaarden.

8. WAT ONDER HET NIEUWE BOEK 3 BW? – In het algemeen rijst de vraag hoe het voormelde arrest zich verhoudt tot het nieuwe goederenrecht, dat (grotendeels) in werking is getreden op 1 september 2021 en de zwaarste verandering inhoudt van de Belgische onroerende publiciteit sinds de Hypotheekwet van 1851²⁶. Volgens bepaalde rechtsleer geldt het arrest van 22 januari 2021 niet meer onder het nieuwe goederenrecht: voor deze auteurs komt het enkel aan de wetgever toe om een beslissing te treffen in een belangenconflict zoals dat *in casu* aan de orde is en de wetgever heeft er in artikel 3.17 BW voor gekozen om de nietigheid niet te vermelden als een relatieve beëindigingsgrond van zakelijke rechten²⁷. Voor andere rechtsleer is dit echter niet de correcte interpretatie²⁸. Integendeel, het Hof van Cassatie loopt in zijn arrest van 22 januari 2021 net vooruit op het nieuwe goederenrecht, dat weliswaar nog niet in werking was getreden op dat moment, doch wel reeds uitgebreid becommentarieerd. Zelf behoort ik met overtuiging tot die tweede strekking en dit op basis van de volgende argumenten.

Ten eerste kan een en ander worden verklaard op basis van de totstandkomingsgeschiedenis van boek 3 BW. Zoals Sagaert aangeeft, liet de wetgever de ontwikkeling van de vertrouwensleer namelijk (grotendeels) over aan de rechtspraak en dit om een drievoudige reden: 1) ook in andere rechtsgebieden is er sprake van een (jurisprudentieel ontwikkelde) vertrouwensleer²⁹, 2) er waren reeds andere

148-149; B. VERHEYE, “Schijnvertegenwoordiging en vertrouwensleer revisited”, *RW* 2020-21, (1163) 1163-1181; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 377-378.

²⁴ Zie ook: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1357-1358; B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het BW”, *T.Not.* 2021, (1039) 1086, nr. 54.

²⁵ Zie voor een rechtsvergelijkende analyse: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021. Zie ook punctueel: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1357.

²⁶ Zie voor een analyse o.a.: B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek”, *T.Not.* 2021, 1039-1090.

²⁷ Zie hiervoor: N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 134, 154, 353; M.E. STORME en R. JANSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 290.

²⁸ Zie ook in deze zin: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 44-45; V. VANBEYLEN, “Gevolgen van het tenietgaan van zakelijke rechten onder het nieuwe goederenrecht: enkele takeaways voor de notariële praktijk”, *Nieuwsbrief Notariaat* 2022/9, (1) 6.

²⁹ Bijvoorbeeld de verbintenisrechtelijke vertrouwensleer. Zie o.a.: P. DE HARVEN, “Etude sur la notion de l'apparence en droit privé” *Rev.dr.b.* 1938, (91) 91 e.v.; P.-A. FORIERS, “L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi (noot onder Cass.

jurisprudentiële toepassingen van de vertrouwensleer in het goederenrecht (*cf. supra*, nr. 7) en 3) er was de uitdrukkelijke vraag om de opdracht van de AAPD niet te activeren³⁰. Wel zijn er onder het nieuwe recht enkele beperkte gevallen van positivering van de onroerende publiciteit – bijvoorbeeld de versterking van de rol van de kantmelding in artikel 3.34 BW of de hierna besproken relatieve beëindigingsgronden³¹ – wat minstens aangeeft dat ook de wetgever een verdergaande positivering van de onroerende publiciteit genegen is.

Ten tweede heeft het Hof van Cassatie expliciet inspiratie geput uit het nieuwe goederenrecht³². Het betreft met name de voormelde voorwaarde dat de persoon die de derdenbescherming inroept zelf moet hebben verkregen onder bezwarende titel (*cf. supra*, nr. 7), die zorgt voor een alignering met artikel 3.28 BW betreffende de onmiddellijke verkrijgende verjaring van roerende goederen door de bezitter te goeder trouw, die ook alleen openstaat voor de verkrijger onder bezwarende titel³³. Ook al is de (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom onmiskenbaar een andere rechtsfiguur dan de verkrijgende verjaring te goeder trouw van roerende goederen, toch is de uitkomst van beide rechtsfiguren sterk gelijk in hun respectievelijke toepassingsgebieden. Hetzelfde geldt voor het nieuwe artikel 3.145 BW, betreffende de bescherming die wordt geboden bij de beëindiging van het vruchtgebruik door de dood van de vruchtgebruiker aan de titularis van gebruiksrechten onder bezwarende titel toegestaan door een vruchtgebruiker³⁴. De vereiste van een verkrijging onder bezwarende titel lijkt aldus tot een algemene toepassingsvoorwaarde voor derdenbescherming uit te groeien.

Ten derde vertoont het arrest van 22 januari 2021 sterke gelijkenissen met de nieuwe artikels 3.15 e.v. BW betreffende de beëindigingsgronden van zakelijke rechten en hun gevolgen. Met name het nieuwe artikel 3.17 BW is daarbij van belang: deze bepaling houdt in dat bepaalde beëindigingsgronden slechts relatieve werking hebben, wat betekent dat zij geen afbreuk kunnen doen aan de

20 juni 1988)”, *JT* 1989, (541) 543; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenis- en contractenrecht” in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, (95) 148-149; B. VERHEYE, “Schijnvertegenwoordiging en vertrouwensleer revisited”, *RW* 2020-21, (1163) 1163-1181; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 377-378.

³⁰ Zie hiervoor: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1361.

³¹ Zie ook: N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 133; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1361 e.v.; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 234; B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het BW”, *T.Not.* 2021, (1039) 1076 e.v., nr. 34 e.v.

³² Zoals ook Storme en Jansen overigens aangeven: M.E. STORME en R. JANSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikkingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 290.

³³ Zie ook: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 43.

³⁴ Zie o.a.: N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 1148; G. DEGEEST en M.-L. DEGROOTE, “Het (ver)nieuw(d) vruchtgebruik: analyse en eerste commentaar”, *T.Not.* 2021, (841) 877 e.v., nr. 39; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 932-934; B. VERHEYE, “Actuele ontwikkelingen inzake vruchtgebruik: vruchtgebruik in het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek” in F. BUYSENS en A.-L. VERBEKE, *Notariële actualiteit 2020-2021*, Antwerpen, Intersentia, 2021, (293) 308-309, nr. 16.

rechten die derden te goeder trouw ondertussen verkregen hebben op het zakelijk recht dat tenietgaat³⁵. Om te voorkomen dat latere derden-verkrijgers nog te goeder trouw zouden zijn, dient men de eis tot beëindiging precies te kantmelden (nieuw art. 3.33 BW), wat onmiddellijk het rechtstreekse verband tussen deze bepaling en de onroerende publiciteit duidelijk maakt³⁶. Ook de feiten die ten grondslag liggen aan het arrest van 22 januari 2021 passen eigenlijk perfect binnen deze bepaling, met dien verstande dat nietigheid niet voorkomt in de limitatieve opsomming van artikel 3.17 BW. Deze bepaling vermeldt namelijk enkel afstand, herroeping, ontbinding wegens niet-nakoming, opzegging in minnelijke overeenstemming, vermenging en vervallenverklaring. Het ontbreken van de nietigheid in deze lijst lijkt eerder te verklaren door een vergetelheid van de wetgever, dan door een bewuste keuzen, in tegenstelling tot wat voormelde rechtsleer aanneemt³⁷.

Gelet op de voorgaande uiteenzetting loopt het Hof van Cassatie in zijn arrest van 22 januari 2021 als het ware vooruit op boek 3 BW. Tegelijk gaat het arrest verder in zijn bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw dan in het nieuwe goederenrecht het geval is. Deze interpretatie kan en moet echter ook onder het nieuwe goederenrecht sowieso standhouden. Deze leer zorgt namelijk niet alleen voor een modernisering van de Belgische onroerende publiciteit, maar ook voor een verdienstelijke coherentie betreffende de derdenbeschermingsregels in ons vermogensrecht. Het Belgische recht komt daarnaast door deze leer ook meer op dezelfde hoogte te staan als de verschillende ons omringende rechtsstelsels³⁸. Ook vanuit een normatieve rechtstheoretische analyse, ten slotte, komt de door deze leer bekomen positievere onroerende publiciteit als beste oplossing naar voren³⁹.

4. IMPACT OP DE NOTARIS

9. AUTHENTIEKE AKTES – Het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021 heeft een belangrijke impact op de rol van de Belgische notaris. Immers,

³⁵ Zie ook: N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 352 e.v.; V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 44; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1363, 1425 e.v.; B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit in het nieuwe boek 3 van het BW”, *T.Not.* 2021, (1039) 1089, nr. 61. Zie onder het oude recht reeds uitgebreid over relatieve beëindigingsgronden: H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel 1957, nrs. 446-447, 695; M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 665 e.v.; B. VERHEYE, “Relatieve beëindiging van onroerende beperkte zakelijke rechten”, *TPR* 2017, 455-528

³⁶ Zie ook: N. CARETTE en R. JANSEN, *Handboek goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2022, nr. 355; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 176, 234, 327.

³⁷ Zie in het bijzonder: M.E. STORME en R. JANSEN, “Het rechtmatig vertrouwen als correctief op de beschikingsonbevoegdheid”, *TBBR* 2022, (285) 294.

³⁸ Zie ook: V. SAGAERT, “Inschrijving en overschrijving gelden (soms) als titel: (eindelijk) bescherming van het rechtmatig vertrouwen in de hypotheekregisters”, *Not.Fisc.M.* 2022, (38) 39; B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021.

³⁹ Zie ook: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 451 e.v.

overeenkomstig artikel 3.31 BW (oud art. 2 Hyp.W.) komen enkel authentieke aktes in aanmerking voor overschrijving in de registers van de AAPD, wat is ingegeven uit de bezorgdheid om de onroerende registers zo rechtszeker mogelijk te maken⁴⁰. Uiteraard zijn er ook nog andere authentieke aktes dan enkel notariële aktes (art. 8.1, 5° BW), maar er kan niet worden ontkend dat het gros van de overschreven akten notariële aktes betreft.

Met andere woorden: de overgeschreven stukken die aan een derde-verkrijger onder bezwarende titel en te goeder trouw de mogelijkheid bieden om er zich op te beroepen, indien zijn rechtsvoorganger beschikkingsonbevoegdheid wegens de nietigheid van zijn titel zou zijn, zijn zo goed als alle van notariële oorsprong. Daaruit volgt dat de rol van de notaris eigenlijk nog een stuk actiever wordt dan op heden reeds het geval is, mét de daarbij behorende aansprakelijkheid.

10. DERDE GRAAD VAN AUTHENTICERING⁴¹ – Klassiek dichtte men de notaris alleen maar een puur passief authenticerende rol toe: informatie in een akte verkrijgt authenticiteit doordat de notaris deze informatie authenticereert. Dit betekent dat de notaris als openbaar ambtenaar vaststelt dat deze in de akte opgenomen gegevens overeenstemmen met de realiteit. Hieruit vloeit voort dat enkel authentiek is wat de notaris zelf vaststelt (*de visu et auditu, aut ex propriis sensibus*) binnen de uitoefening van zijn ambt: de akte als *instrumentum* en de authentieke delen van de akte als *negotium*⁴². Dit is de kerntaak van het Latijnse notariaat, die naar Belgisch recht expliciet is opgenomen in artikel 1, eerste lid van de Ventôsewet⁴³.

In de meer hedendaagse opvatting dienen authenticiteit en authenticering echter ruimer opgevat te worden. De notariële opdracht beperkt zich namelijk geenszins tot het louter passief authenticiteit verlenen. Op de Belgische notaris rust namelijk ook een algemeen geformuleerde informatie- en raadgevingsplicht, zoals opgenomen artikel 9, § 1, derde lid van de Ventôsewet. De notaris heeft in dit opzicht de algemene plicht om partijen attent te maken op zowel de juridische gevolgen van de akte als de feitelijke gegevens die daarop invloed kunnen hebben, zelfs als hij deze gegevens niet op grond van een specifieke wettelijke verplichting dient op te zoeken (informatieplicht)⁴⁴ en de plicht om de door par-

⁴⁰ Zie uitgebreid: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 145.

⁴¹ Zie ook over passieve en actieve authenticering: B. VERHEYE, *De digitale notaris: technologie voor en door het notariaat van de 21ste eeuw*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 57-58.

⁴² Zie ook: L. WEYTS, *Algemeen Deel. De Notariswet*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 38.

⁴³ Ook internationaal geldt deze kerntaak: UINL, *Etude sur la définition de l'acte notariale authentique et aspects économiques*, 2, te consulteren via https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-FR-Acte+Authent.%2BEcomom/b99d902f-dbf1-4206-b45b-57dbf37d6e98. Een gelijkaardige omschrijving vloeit voort uit het vierde Fundamentele Principe van het Latijnse Notariaat, zie hiervoor: https://www.uinl.org/fr_FR/principios-de-la-funcion (“*Les actes notariés, portant sur des opérations juridiques diverses, sont ceux que le notaire authentifie. Leur authenticité porte sur la signature, sur le contenu et sur la date du document. Ils sont conservés par le notaire lui-même et répertoriés.*”).

⁴⁴ Deze informatieplicht vooronderstelt ook een algemene opzoekings- en onderzoeksplicht, ook buiten specifieke wettelijke bepalingen. Zie bv.: T. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele

tijen voorgenomen rechtshandelingen te toetsen op hun wettigheid en partijen te wijzen op eventuele problemen, evenals hen te wijzen op eventuele risico's (raadgevingsplicht)⁴⁵. Bovendien dient de notaris het contractuele evenwicht en eventuele tegenstrijdige belangen tussen partijen in de gaten te houden en partijen te wijzen op eventuele onevenwichtige elementen in hun verhouding, waarbij hij hun mededeelt dat elke partij een andere notaris kan aanwijzen of zich kan laten bijstaan door een raadsman; hij vermeldt deze mededeling ook in de akte (art. 9, § 1, tweede lid Notariswet)⁴⁶. De notaris vervult deze plichten op straffe van beroepsaansprakelijkheid⁴⁷. Deze verruimde informatieplicht wordt overigens ook door de Internationale Unie van het Latijnse Notariaat als inherent verbonden met de authenticiteit van de notariële akte beschouwd⁴⁸. Men spreekt in dit opzicht ook wel van de actieve of moderne versie van authenticering⁴⁹. Het

bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen”, *T.Not.* 2003, (684) 696-697.

⁴⁵ Zie hieromtrent bv.: H. CASMAN, *Précis du notariat*, Brussel, Bruylant, 2011, 18 e.v., 31 e.v.; L. CORNELIS en M. BEERENS, “Bedenkingen bij de informatie-, de waarschuwings-, de raadgevings- en de bijstandsverplichting van de notaris”, *CEL-CSW* 2000, (219) 224 e.v.; C. DE BUSSCHERE, “Enkele aspecten van het beroep van notaris in het begin van de eenentwintigste eeuw”, *RW* 2007-08, (466) 475 e.v.; C. DE BUSSCHERE, “De bindende deontologische code van de notarissen”, *RW* 2008-09, (2) 9-11; C. DE WULF, “Over de nieuwe Notariswetten in België en in Nederland”, *TPR* 2001, (497) 567-568, nr. 94; C. DE WULF, “De notaris - onpartijdig raadsman en behoeder van evenwicht”, *T.Not.* 2010, (365) 365-367; J. DU JARDIN, “Welk notariaat voor de XXIste eeuw?”, *T.Not.* 2002, (611) 618 e.v.; P. HARMEL en R. BOURSEAU, *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962*, Luik / Den Haag, Faculté de Droit / Martinus Nijhoff, 1964, 171 e.v.; J.-F. TAYMANS, “Authentification active et responsabilité notariale”, *CEL-CSW* 2001, (209) 211 e.v.; T. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen”, *T.Not.* 2003, (684) 691 e.v.; L. WEYTS, *Algemeen Deel. De Notariswet*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 24 e.v., 45 e.v. (notaris als raadsman).

⁴⁶ Zie hieromtrent ook o.a.: C. DE WULF, “Over de nieuwe Notariswetten in België en in Nederland”, *TPR* 2001, (497) 565-567, nr. 92-93; C. DE WULF, “De notaris - onpartijdig raadsman en behoeder van evenwicht”, *T.Not.* 2010, (365) 367 e.v.; J. DU JARDIN, “Welk notariaat voor de XXIste eeuw?”, *T.Not.* 2002, (611) 616-617; L. WEYTS, *Algemeen Deel. De Notariswet*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 97 e.v.

⁴⁷ Zie bv. ook: H. CASMAN, *Précis du notariat*, Brussel, Bruylant, 2011, 241 e.v., i.h.b. 250 e.v.; C. DE BUSSCHERE, “Enkele aspecten van het beroep van notaris in het begin van de eenentwintigste eeuw”, *RW* 2007-08, (466) 474 e.v.; C. DE WULF, “Over de nieuwe Notariswetten in België en in Nederland”, *TPR* 2001, (497) 567, nr. 94; T. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen”, *T.Not.* 2003, (684) 685, 690 e.v.; L. WEYTS, *Algemeen Deel. De Notariswet*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 345 e.v. Het klassieke werk ter zake is: P. HARMEL en R. BOURSEAU, *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830 à 1962*, Luik / Den Haag, Faculté de Droit / Martinus Nijhoff, 1964, 786 p. Voor een recentere overzicht: C. VANHALEWYN, *De burgerlijke beroepsaansprakelijkheid van de notaris: tien jaar Belgische rechtspraak (1980-1989)*, Averbode, Altiora, 1991, 283 p.

⁴⁸ Zie hiervoor: UINL, *Etude sur la définition de l'acte notariale authentique et aspects économiques*, 2, te consulteren via https://www.uinl.org/documents/20181/339555/ANM_CGK-11-1-FR-Acte+Authent+%2BEcomom/b99d902f-dbf1-4206-b45b-57dbf37d6e98.

⁴⁹ Zie bv.: J. DU JARDIN, “Welk notariaat voor de XXIste eeuw?”, *T.Not.* 2002, (611) 613-614, 618 e.v.; J.-F. TAYMANS, “Authentification active et responsabilité notariale”, *CEL-CSW*, 2001, (209) 210; T. VAN SINAY, “Schiet (niet) op de pianist. Enkele bedenkingen over notariële aansprakelijkheid en mogelijke lacunes in informatieverstopping omtrent onroerende goederen”, *T.Not.* 2003, (684) 684; L. WEYTS, *Algemeen Deel. De Notariswet*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018, 7, 25, 33, 45.

is precies dit aspect dat het befaamde Murray-rapport als de grote meerwaarde van het Latijnse notariaat beschouwt⁵⁰.

Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021 vloeit eigenlijk een derde graad van authenticering voort. Indien een authentieke akte wordt overgeschreven, dan kunnen derden-verkrijgers die voldoen aan de voormelde voorwaarden (*cf. supra*, nr. 8) genieten van een bijzondere vorm van derdenbescherming op basis van de goederenrechtelijke vertrouwensleer, die ertoe leidt dat zij worden beschermd tegen de nietigheid waarmee de overgeschreven akte zou behept zijn. Met andere woorden: derden-verkrijgers te goeder trouw mogen de inhoud van de akte voor de quasiabsolute juridische waarheid aannemen. De notaris die een over te schrijven akte verlijdt, voegt dus eigenlijk nog een bijkomend element toe aan de juridische inhoud waaraan hij authenticiteit verleent: derden-verkrijgers die voldoen aan de voorwaarden (*cf. supra*, nr. 7) mogen de notariële akte beschouwen als de waarheid én worden beschermd indien er toch een nietigheidsgebrek zou blijken te zijn. Actieve authenticering 2.0, als het ware.

11. NOTARIS ALS VERTROUWENSGENERATOR – In het Duitse recht spreekt men bij de bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw op basis van het onroerendepubliciteitsregister (het *Grundbuch*) van de *fides publica* of *öffentliche Glaube*: wie voldoet aan de voorwaarden mag erop vertrouwen dat de in het *Grundbuch* gepubliceerde toestand overeenstemt met de werkelijkheid én wordt goederenrechtelijk beschermd in de hypothese dat dat niet zou blijken te kloppen⁵¹. Dat verregaand gevolg van onroerende publiciteit wordt er gerechtvaardigd door de combinatie van de authenticiteit van de akte én de publicerende instantie, met name het *Grundbuchamt* dat deel uitmaakt van de rechterlijke macht en een actief controlerende rol op zich neemt⁵².

Welnu, na het cassatiearrest van 22 januari 2021 wordt ook naar Belgisch recht *fides publica* gecreëerd. Aangezien de AAPD een (grotendeels) passieve rol heeft⁵³, wordt de belangrijkste actieve bijdrage aan deze *fides publica* geleverd door de notaris. Deze notariële bijdrage vormt precies de factor die de rechtvaardiging vormt voor de aldus gecreëerde *fides publica*⁵⁴. De Belgische notaris kan voortaan dus als een openbare vertrouwensgenerator in de letterlijke zin van het

⁵⁰ Zie hiervoor: P.L. MURRAY, *Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study*, Cambridge, Harvard University, 2007, 128-130. Dit rapport kan worden geraadpleegd op: http://www.dnotv.de/_files/Aktuelles/murrayreportfinal310807en.pdf.

⁵¹ Zie o.a.: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 292 e.v., 387 en de daar aangehaalde verwijzingen.

⁵² Zie nader: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 195 en de daar aangehaalde verwijzingen.

⁵³ Zie nader: B. VERHEYE, *Onroerende registerpubliciteit*, Brugge, die Keure, 2021, nr. 19 en de daar aangehaalde verwijzingen. Dit in scherp contrast met de actieve rol van bijvoorbeeld het Duitse *Grundbuchamt*.

⁵⁴ Zie impliciet ook: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 1357-1358.

woord worden beschouwd, wat ontegensprekelijk een toevoeging vormt aan zijn actief authenticerende rol.

5. CONCLUSIE

12. TOT SLOT – Het cassatiearrest van 22 januari 2021 vormt een werkelijke aardverschuiving voor het Belgisch vermogensrecht. Door de introductie van een algemene leer van onroerende schijneigendom naar Frans voorbeeld, waar men in deze context de *théorie de la propriété apparente* reeds decennialang kent, plaats het Hof van Cassatie de belangen van de derde-verkrijger onder bezwarende titel en te goeder trouw voorop. Tegelijk wordt de Belgische onroerende publiciteit, klassiek een voorbeeld van een uiterst negatief onroerende-publiciteitsstelsel, in één klap een stuk positiever.

Ook op de Belgische notaris heeft het voormelde arrest een aanzienlijke impact. Gelet op 1) het feit dat enkel authentieke aktes worden aanvaard ter overschrijven (art. 3.31 BW) en 2) de (grotendeels) passieve rol die de AAPD op zich neemt, is het de notaris die de belangrijkste bijdrage levert aan het ontstaan van het vertrouwen dat derden-verkrijgers mogen hebben in de juistheid van de gepubliceerde akten. Internationaal heeft men het in dit opzicht over *fides publica*. Deze bijdrage van de notaris aan het ontstaan van dergelijke verregaande vertrouwensbescherming kan worden beschouwd als een essentiële hedendaagse toevoeging aan de actieve authenticeringsopdracht die de Belgische notaris op zich neemt.

Het is hoopgevend om te zien hoe honderd jaar na het ontstaan van dit Comité van Studie en Wetgeving het vertrouwen van het hoogste rechtscollege van ons land in de notaris van zodanige aard is dat dit rechtscollege oordeelt dat de *fides publica* in ons rechtsstelsel vrijwel integraal kan voortbouwen op gepubliceerde notariële aktes. Dit vertrouwen vormt tegelijk een steun en een uitdaging en dus zal ook de komende honderd jaar dit Comité de Belgische notaris blijven bijstaan om dat vertrouwen te verdienen.

ENKELE KRITISCHE BEDENKINGEN OMTRENT DE INBRENGREGELING VAN SCHENKINGEN

Johan VERSTRAETE

A. DE NAPOLEONTISCHE INBRENGREGELING

De napoleontische inbrengregeling (die gold tot 1 september 2018) maakte een onderscheid tussen inbreng van schenkingen van onroerende goederen en schenkingen van roerende goederen.

De inbrengregeling voor roerende goederen (“*res mobilis, res vilis*”) was eenvoudig: deze geschiedde alleen door mindere ontvangst van de waarde van de geschonken goederen op datum van de schenking.

Voor de als voorschot geschonken onroerende goederen was de inbrengregeling complexer. Als regel gold: de mede-erfgenamen kunnen de inbreng *in natura* eisen tenzij het geschonken goed intussen door de begiftigde was vervreemd of tenzij in de nalatenschap nog voldoende onroerende goederen aanwezig waren van gelijke aard, waarde en deugdelijkheid, waaruit men voor de andere mede-erfgenamen ongeveer gelijke kavels kon samenstellen. De regel van inbreng *in natura* was in de optiek van de napoleontische wetgever consequent vermits de reservataire erfgenamen recht hadden op hun reserve (en erfdeel) *in natura*. Hun reserve was niet beperkt tot een schuldvordering, de reserve was een *pars hereditatis*. Werden de onroerende goederen *in natura* ingebracht dan kwamen deze in de nalatenschap terug, zuiver en vrij van alle door de begiftigde daarop gelegde lasten (hypotheken, erfdienstbaarheden ...). De begiftigde moest evenwel vergoed worden voor de meerwaarde die het gevolg was van zijn eigen optreden en voor de noodzakelijke uitgaven tot behoud van de zaak. Tot zekerheid van deze betaling beschikte de begiftigde erfgenaam over een retentierecht. Anderzijds moest hij ook instaan voor de minwaarden die het gevolg waren van zijn schuld of nalatigheid. Onnodig te vermelden dat het bewijs van de toerekenbare meer- of minwaarden, vaak jaren na de feiten, een heikele zaak was. Was het onroerend goed door toeval tenietgegaan dan was geen inbreng verschuldigd.

Het logische gevolg van de inbreng *in natura* was dat steeds de waarde bij overlijden in rekening werd gebracht zodat bij de verdeling de gelijkheid onder de erfgenamen werd hersteld, zij het dat wie begiftigd was met een volle eigendom, tot het overlijden van de schenker had kunnen genieten van de vruchten en opbrengsten van de geschonken goederen zonder dat dit verder verrekend werd.

De inbreng in natura creëerde echter rechtsonzekerheid voor zowel de begiftigde als zijn hypothecaire schuldeisers. Veronderstel dat een in te brengen woning werd geschonken die intussen dienstdeed als gezinswoning dan was het, vooral bij kleinere nalatenschappen, best denkbaar dat de ingebrachte woning bij de verdeling moest worden verkocht omdat er niet voldoende “goederen van dezelfde aard, waarde en deugdelijkheid” overbleven in de nalatenschap om de mede-erfgenamen een gelijkaardige kavel toe te bedelen. De begiftigde had ook niet de minste waarborg dat het in te brengen goed opnieuw aan hem zou worden toebedeeld. Bovendien verviel door de inbreng, de op het goed gevestigde hypotheek (en andere daarop gelegde lasten). Om voor zichzelf meer zekerheid te creëren moesten de hypothecaire schuldeisers beroep doen op allerlei kunstgrepen om hun rechten veilig te stellen¹.

In de praktijk werd in de schenkingsakte doorgaans een clause opgenomen waarbij de begiftigde werd vrijgesteld van inbreng in natura zodat hij enkel de tegenwaarde bij overlijden moest verrekenen. De geldigheid van deze clause werd weliswaar betwist omdat zij in feite een overeenkomst over een toekomstige nalatenschap inhield² maar *de facto* had de clause “burgerrecht” verkregen en is ons geen uitspraak bekend die deze clause nietig verklaarde. In de praktijk werd door de erfgenamen trouwens ook zeer zelden beroep gedaan op de regel van de inbreng in natura, niet in het minst door de matigende rol van de notarissen en de bereidheid van de erfgenamen om de wil van de erflater te eerbiedigen.

Met de invoering van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot in 1981 werd een bijkomend nijpend probleem gecreëerd voor de begiftigde erfgenaam. Veronderstellen we dat een vader aan zijn dochter een schenking deed van de volle eigendom van (bijvoorbeeld) een woonhuis, zonder vrijstelling van inbreng ten aanzien van zijn echtgenote. Bij overlijden van de vader kreeg zijn weduwe dan het levenslange erfrechtelijke vruchtgebruik op deze woning. In de praktijk werd dit vruchtgebruik zelden of nooit uitgeoefend indien de langstlevende ook de ouder was van het begiftigde kind. Gesteld echter dat de vader-schenker na het overlijden van de moeder was hertrouwd en overleed vóór zijn tweede echtgenote dan verkreeg zijn tweede echtgenote dit vruchtgebruik over de geschonken woning en was de niet-uitoefening van dit erfrechtelijk vruchtgebruik op dit

¹ Doorgaans werden de schenkers verplicht om tussen te komen in de akte hypotheekvestiging (of hypothecair mandaat) om af te zien van alle rechten van herroeping en van terugkeer van de schenking zolang de kredietnemer nog enige schuld had tegenover de bank om zichzelf en hun erfgenamen te verplichten het goed te hypothekeken tot beloop van het uitstaande schuldsaldo voor het geval dat dit goed naar hen zou terugkeren en bovendien om de bank schadeloos te stellen indien zij deze verbintenis niet zouden eerbiedigen.

² In deze zin J. VERSTRAETE, “Het notariaat en bijzondere bedingen bij schenkingen en testamenten” in KFBN (ed.), “Het notariaat, bron van recht en rechtszekerheid”, *Congres van de Belgische Notarissen n.a.v. het 50-jarig bestaan van het CSW*, Brussel 2-5 april 1973, 303-308. De huidige wet (art. 4.242, § 1 tweede lid BW) bepaalt uitdrukkelijk dat elke overeenkomst m.b.t. het principe of de nadere regels van de inbreng of de inkorting betreffende een nalatenschap die nog niet is opengevallen verboden zijn, tenzij in de gevallen bij de wet bepaald.

goed absoluut niet evident, en al zeker niet wanneer de relatie tussen de langstlevende en het begiftigde stiefkind al eerder verzuurd was. De stiefouder kon dus ofwel zelf de woning betrekken ofwel verhuren, hetzij aan het begiftigde kind, hetzij aan een derde. Dit was des te dramatischer indien het begiftigde kind zich met zijn gezin in de woning had gevestigd, verbeteringswerken had doorgevoerd en hiervoor een lening afbetaalde.

De afschaffing van de regel van de inbreng (en inkorting) *in natura* is dus absoluut toe te juichen³. Als ik kritiek heb is het omdat de huidige inbrengregeling de gelijkheid van de erfgenamen al te vaak tekortdoet zodat de schenker vaker zal moeten ingrijpen wil hij de beoogde gelijkheid behouden en boedelruzies vermijden.

B. DE HUIDIGE WETTELIJKE REGELING

Een van de belangrijkste vernieuwingen van de Erfwet van 2017 is de veralgemening van de inbreng in waarde, zowel voor onroerende als roerende goederen. Welke waarde?

1. DE INTRINSIEKE WAARDE

Hiermee wordt bedoeld: de waarde die het goed heeft, rekening houdend met de inherente kwaliteiten ervan op de dag van de schenking (of, bij legaten, op de dag van het openvallen van de nalatenschap) onverschillig of deze inherente kwaliteiten al dan niet door de schenker of de begiftigde gekend zijn op het ogenblik van de schenking⁴. In beginsel wordt rekening gehouden met de waarde, vermeld in de schenkingsakte of in het *pacte adjoint*, tenzij deze waarde manifest onredelijk is⁵. De waarde van het geschonken goed zal echter niet steeds blijken uit de akte. Met name zal dit niet het geval zijn als het gaat om een verdoken schenking⁶. Gaat het om een schenking met last dan zal de waarde van de in mindering te brengen last niet steeds eenvoudig te bepalen zijn, vooral niet wanneer de last bestaat uit een doe-verplichting van de begiftigde. De inbreng is verplicht, ook al is het goed door overmacht tenietgegaan⁷. De erfgenaam die tot inbreng gehouden is, heeft het recht het geschonken goed, zowel roerend als onroerend, toch *in natura* in te brengen voor zover het hem nog toebehoort en het

³ De invoering van een inbreng en inkorting in waarde werd reeds eerder gesuggereerd, o.m. door Y.-H. Leleu, n.a.v. het notarieel congres van Dendermonde in 1997: Y.-H. LELEU, "Suggestion de loi visant à introduire le principe de l'égalité en valeur dans les règlements successoraux" in KFBN (ed.), *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld, Deel III Voorstellen*, Brussel, Bruylant, 2000, 25-55.

⁴ L. STERCKX, "Le rapport des libéralités induit par la réforme des successions", *RNB* 2018, 135, nr. 26.

⁵ Art. 4.90, § 4 BW.

⁶ L. STERCKX, *o.c.*, *RNB* 2018, 136, nr. 26, voetnoot 45.

⁷ Art. 4.90, § 9 BW.

goed “vrij is van elke last of bezetting” waarmee het nog niet belast was ten tijde van de schenking⁸ en mits verrekening van de min- of meerwaarde ten opzichte van de erfrechtelijk te verrekenen waarde⁹. De schenkingsovereenkomst kan de inbreng in natura niet opleggen noch uitsluiten¹⁰.

2. DE GEÏNDEXEERDE WAARDE

De intrinsieke waarde op de dag van de schenking wordt geïndexeerd vanaf de dag van de schenking tot op de dag van het overlijden. De indexering gebeurt in functie van de index der consumptieprijzen van de maand van het overlijden van de schenker met als basisindex deze van de maand waarin de schenking werd gedaan. Soms leidt dit tot grove onbillijkheden, onder meer indien deze indexatie geen gelijke tred houdt met de waarde-evolutie van het geschonken goed of geenszins in verhouding staat met het werkelijke rendement¹¹.

Verkrijgt de begiftigde niet het recht om over de volle eigendom van het geschonken goed te beschikken op de dag van de schenking maar op een latere datum, dan wordt rekening gehouden met de intrinsieke waarde van het goed op datum waarop hij de vrije beschikking krijgt.

De aanpassing aan de index der consumptieprijzen geldt zowel voor onroerende als voor roerende goederen.

3. DE INTERESTEN

De in te brengen waarden brengen van rechtswege interesten op aan de wettelijke rentevoet, te rekenen van de dag van het overlijden van de beschikker tot de dag van de verdeling.

C. KRITIEK

Een ervaring uit mijn eigen notariële praktijk zal mijn voornaamste kritiek met een duidelijk maken. Toen ik in 1969 op het notariskantoor van mijn vader begon te werken werden de bouwgronden in mijn gemeente verkocht aan 150 BEF

⁸ Art. 4.92 BW. Wil de erfgenaam in dit geval een vergoeding ontvangen voor de meerwaarde die door hem werd gerealiseerd dan zal hij hiertoe het bewijs moeten leveren overeenkomstig het gemeen recht (omgekeerd geldt de bewijslast evenzeer voor de mede-erfgenamen die zich willen beroepen op de minwaarde die te wijten is aan de begiftigde). Een beschrijvende staat op het ogenblik van de schenking heeft dus niet elk nut verloren.

⁹ Art. 4.92, tweede en derde lid BW.

¹⁰ Art. 4.93 BW.

¹¹ Zie hierover (o.m.) D. LEIRE, “Indexering van schenkingen voor inbreng in tijden van hoge inflatie”, *T.Not.* 2023, 5-17.

(3.71 euro) per vierkante meter. Dertig jaar later werden de bouwgronden in dezelfde straat verkocht aan 4.500 BEF (111,55 euro) per vierkante meter, hetzij 30 maal meer op 30 jaar tijd en dit zonder dat er spectaculaire veranderingen waren gebeurd in de straat of de gemeente. Stel dat wij toen, onder toepassing van de huidige inbrengregels, geconfronteerd werden met een vereffening-verdeling tussen twee broers, waarvan de ene in 1969 een bouwgrond van 1.000 m² had gekregen (initiële waarde 3.710 euro, na indexatie 6.938 euro) en de andere bij de verdeling in 1999 een volkomen gelijke bouwgrond werd toebedeeld aan de waarde op dat ogenblik (111.550 euro) dan merk je meteen tot welke ongelijkheden dergelijke regeling had geleid.

Het hoeft niet altijd zo'n vaart te lopen, maar toch. Naar aanleiding van de besprekingen in 2015 binnen de commissie Familierecht van de KFBN van de op til zijnde hervorming van het Erfrecht heb ik navraag gedaan naar de gemiddelde prijsevolutie van de woonhuizen, appartementen, bouwgronden en landbouwgronden in het arrondissement Antwerpen, het Brussels Gewest en het arrondissement Luik, enerzijds en de evolutie van de consumptie-index anderzijds voor de periode 1984-2014. Stadim was zo bereidwillig om mij deze gegevens ter beschikking te stellen. **Deze evolutie wordt weergegeven in onderstaande tabel.**

	Arrondissement Antwerpen			Brussels Gewest			Arrondissement Luik			landbouwgronden	consumptie-index	
	Woonhuizen	Appartementen	Bouwgronden	Woonhuizen	Appartementen	Bouwgronden	Woonhuizen	Appartementen	Bouwgronden			
Prijsindex												
1984	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
1994	224	182	174	245	201	202	167	142	122	159	129	129
2004	431	307	513	412	362	382	318	221	225	241	153	153
2014 (6)	715	555	757	745	644	1.063	537	455	500	512	187	187
Prijsevolutie												
1984-2014 (6)	x 7,1456	x 5,5473	x 7,5702	x 7,4502	x 6,4447	x 10,6259	x 5,3708	x 4,5473	x 4,9956			
1994-2014 (6)	x 3,1958	x 3,0562	x 4,3558	x 3,0442	x 3,2037	x 5,2607	x 3,2069	x 3,2039	x 4,0863			
2004-2014 (6)	x 1,6597	x 1,8078	x 1,4770	x 1,8096	x 1,7795	x 2,7808	x 1,6913	x 2,0547	x 2,2238			

Hoewel een meerderheid in de commissie Familierecht voorstander was van het louter weerhouden van de waarde bij de schenking *zonder indexatie*, bleek tijdens de verdere besprekingen dat dit voorstel onhoudbaar was en werd toch geopteerd voor het revaloriseren van de oorspronkelijke waarde. De vraag was hoe?

- 1) Kan een aanpassing aan de index der consumptieprijzen ook weerhouden worden voor schenkingen van vastgoed terwijl uit de historische data blijkt dat de toename van de vastgoedprijzen tijdens de afgelopen decennia een veelvoud is van de toename van de consumptieprijzen¹²? Was het dan niet méér aangewezen dat de aanpassing gebeurt, rekening houdend met de

¹² Zie bovenstaande tabel. Zie ook de nota L. DOBBELAERE namens het Federaal Planbureau, "Behandeling vastgoed bij revalorisatie schenkingen", februari 2016, 1.

waarde-evolutie van de vastgoedprijzen, of rekening houdend met de Abex-index of dat men gewoonweg de waarde van het onroerend goed op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap weerhoudt? De moeilijkheid is dat ouders vaak geld schenken aan hun kinderen met het oog op de aanschaf of verbouwing van een onroerend goed. Is het dan billijk dat in dit geval voor de schenking van het geld enkel indexatie wordt toegepast terwijl de begiftigde van een onroerend goed de waarde bij overlijden zou moeten verrekenen? Anderzijds is het wel zo dat wanneer de ouders aan hun kind geld schenken zij dit meestal doen met het oog op de realisatie van een bepaald project. Was het dan niet logischer dat de ouders konden bepalen dat in dit geval de in te brengen som aan een andere index of referentiepunt gekoppeld werd? De wet laat deze mogelijkheid niet open¹³: indexering uitschakelen, plafonneren of een andere index kiezen dan de consumptie-index is niet mogelijk¹⁴. Daartegenover staat dan weer de vaststelling dat schenkingen van geldsommen meestal niet gebeuren met tussenkomst van een notaris zodat dergelijke verfijningen ook meestal achterwege zouden blijven.

Het wettelijk vastleggen van de te verrekenen waarde van roerende schenkingen was evenmin een evidentie. Stel bijvoorbeeld dat een kind-opvolger de aandelen van een familiale onderneming krijgt maar dat deze onderneming niet door verwaarlozing of onkunde maar ingevolge een overheidsop treden, een algemene economische malaise of slechte marktomstandigheden waardeloos is geworden. Is het dan redelijk dat dit begiftigde kind de initiële waarde bij de schenking, vermeerderd met de indexaanpassing in rekening moet brengen?

En wat met de leningen die de ouders toestaan aan hun kinderen? Veronderstellen we dat een vader een renteloze lening toestaat aan zijn zoon waarbij hij bepaalt dat de lening terugbetaalbaar is bij zijn overlijden. Voor de lener maakt het op dat ogenblik nauwelijks een verschil uit of hij deze geldsom leent dan wel geschonken krijgt. Bij de inbreng van deze schuld zal enkel het initiële bedrag van de lening in aanmerking komen, zonder indexatie¹⁵. Bovendien zal deze schuld bij het belastbaar actief van de nalatenschap van de vader moeten worden gevoegd en zal de erfbelasting op deze schuldvordering door alle erfgenamen moeten worden gedragen.

Merken wij terloops op dat de waarde van de inbreng gekoppeld is aan de waarde die in aanmerking komt voor het samenstellen van de berekeningsmassa en het bepalen van de eventuele inkorting¹⁶.

¹³ Art. 4.93 BW.

¹⁴ Zie hierover ook D. LEIRE, "Indexering van schenkingen voor inbreng in tijden van hoge inflatie", *T.Not.* 2023/1, 7, nr 3.

¹⁵ Art. 4.94 BW. Het is daarbij onverschillig of de lening al dan niet renteloos werd bedongen. Zie hierover verder "Middelen tot herstel van de gelijkheid onder de erfgenamen".

¹⁶ Art. 4.154 BW. C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, acht die gelijkstelling een stap te ver omdat zij aan de partijen

Men kan bovenstaande opsomming veel langer maken en de mogelijke onrechtvaardigheden, inherent aan het nieuwe (en het oude) systeem, zijn legio. Men kan veel alternatieven bedenken die de wetgever had kunnen uitwerken maar steeds zullen ook deze alternatieven aanleiding geven tot soms grove onbillijkheden.

Dit leidt tot de conclusie dat de (ouders-)schenkers steeds alert moeten blijven, oog moeten hebben voor eventueel ontstane ongelijkheden en onbillijkheden, en tijdig moeten ingrijpen¹⁷. Willen zij zoveel als mogelijk de vrede onder hun kinderen bewaren dan is hun rol niet uitgespeeld wanneer zij hun kinderen hebben geholpen door hun een schenking te doen, en al zeker niet door schenkingen te doen die louter de fiscale optimalisatie dienen.

Correctiemiddelen zijn beschikbaar. Zolang de beschikker gezond van geest is, kan hij testamentair regelingen treffen, zeker nu het nieuwe beschikbaar deel hiertoe meer ruimte biedt. Beschikt hijzelf over voldoende middelen dan kan de schenker een corrigerende gift doen. Bovendien zijn nu ook globale en sommige punctuele erfovereenkomsten mogelijk die kunnen zorgen voor meer billijkheid. Punt hierbij, meer in het bijzonder bij de globale erfovereenkomsten, is wel dat nogal wat ouders willen vermijden dat er nog tijdens hun leven delicate kwesties ter sprake worden gebracht die misschien – of vrijwel zeker – zouden leiden tot twisten onder de kinderen of zelfs tussen de ouders en sommige van hun kinderen, waardoor zij de zaken liever op hun beloop laten en de discussie vooruitschuiven tot na hun overlijden. Optreden vraagt soms moed!

- 2) Tijdens de voorbereidende besprekingen van de Erfwet werd ook opgemerkt dat een schenking van de volle eigendom niet op dezelfde manier kan worden behandeld als een schenking van de blote eigendom vermits de begunstigde van de volle eigendom reeds gebruik kan maken van het geschonken goed of er de inkomsten van kan genieten terwijl de beneficiaris van een schenking van blote eigendom geen recht heeft op opbrengsten en soms ook bepaalde kosten moet dragen¹⁸. Uiteindelijk heeft dit ertoe geleid dat indien blote eigendom wordt geschonken niet de waarde bij de schenking in rekening moet worden gebracht maar de waarde op het ogenblik dat de begiftigde de vrije beschikking over het goed verkrijgt.

de flexibiliteit ontnemt om de waarde van de inbreng aan te passen aan de bijzondere omstandigheden van ieder geval, o.m. omwille van de verschillende waarderingsmomenten voor schenkingen aan de kinderen gedaan op verschillende tijdstippen.

¹⁷ D. LEIRE, “Indexering van schenkingen voor inbreng in tijden van hoge inflatie”, *T.Not.* 2023/1, 12, nrs. 9 e.v. met diverse suggesties. Voor modellen van akten: zie C. DE WULF, *o.c.*, lijst van modellen en formulieren, 247-248.

¹⁸ Zie art. 3.154 en 3.156 BW.

Ook hier schuilt een gevaar op onbillijkheid: de begiftigde moet immers de waarde bij overlijden van de schenker verrekenen. Deze waarde kan inmiddels flink zijn toegenomen terwijl de begiftigde van de blote eigendom, in tegenstelling tot de begiftigde van de volle eigendom, intussen geen opbrengsten heeft genoten en mogelijks ook, in zijn hoedanigheid van blote eigenaar, kosten heeft moeten betalen.

Het is natuurlijk niet mogelijk voor de schenker om steeds alles tot op de laatste eurocent gelijk te regelen maar wil hij zijn kinderen zoveel mogelijk gelijk behandelen dan zal hij ook hier toch tijdig moeten ingrijpen, hetzij via een gift (schenking of legaat) vooruit en buiten deel aan het benadeelde kind, hetzij bij erfovereenkomst¹⁹.

D. MIDDELEN TOT HERSTEL VAN DE GELIJKHEID TUSSEN DE ERFGENAMEN

Het herstel van de gelijkheid tussen de erfgenamen zal soms eenvoudig kunnen gebeuren maar soms zullen goed overdachte formules noodzakelijk zijn. Hoe dan ook: de wettelijke inbrengeregels zijn van dwingend recht en blijven van toepassing niettegenstaande elk andersluidend beding, tenzij de wet anders bepaalt en tenzij de erfgenamen, na het openvallen van de nalatenschap, anders overeenkomen²⁰.

We overlopen enkele casussen:

1. Schenkt een ouder op hetzelfde ogenblik, als voorschot op erfdeel, aan elk van zijn kinderen, een gelijk bedrag in geld dan is er in principe geen probleem vermits elk kind bij de verdeling eenzelfde bedrag in rekening zal moeten brengen.
2. Veronderstel een ouder met drie kinderen. Een van hen krijgt de familiale onderneming als voorschot op erfdeel. Bij overlijden van de ouder-schenker blijkt deze onderneming de helft te vertegenwoordigen van de berekeningsmassa. Stel dat het begiftigde kind geen afstammelingen heeft dan kan hij er belang bij hebben om de nalatenschap van de schenker te verwerpen. In dit geval verandert de schenking als voorschot in een schenking met vrijstelling van inbreng waardoor hij de helft van de nalatenschap voor zich kan houden terwijl de twee overige kinderen ongewild beperkt worden tot hun reserve (elk 25 %). De schenker heeft echter de mogelijkheid om aan de schenking een ontbindende voorwaarde te koppelen. Hij kan namelijk bepalen: *“de schenking zal ontbonden zijn indien de begiftigde, na mijn overlijden, mijn nalaten-*

¹⁹ Zie hierover verder.

²⁰ Art. 4.93 BW.

schap zou verwerpen”. Dit is geen erfovereenkomst vermits de begiftigde vrij blijft om de *opengevallen* nalatenschap al dan niet te aanvaarden. Dit zou anders zijn indien het aanvaarden van de nalatenschap als last van de schenking zou worden opgelegd vermits in dit geval de begiftigde, door de schenking te aanvaarden, zich reeds meteen (anticipatief) verbindt om de nalatenschap van de schenker te zullen aanvaarden. Zou evenmin geldig zijn: de voorwaarde om de *nog niet opengevallen* nalatenschap te aanvaarden. In dit laatste geval zou de voorwaarde, naargelang van het geval, voor niet geschreven worden gehouden ofwel de nietigheid van de gehele schenking tot gevolg hebben²¹.

3. Veronderstel dat kind A van zijn ouder een schenking krijgt van 100.000 euro terwijl kind B van diezelfde ouder een renteloze lening krijgt van 100.000 euro, terugbetaalbaar bij het overlijden van de ouder. Het geschonken bedrag zal geïndexeerd moeten worden, het geleende bedrag niet²². Het lijkt me logisch dat voor beide dezelfde formule wordt gebruikt: ofwel worden beide bedragen geschonken, ofwel beide bedragen geleend. Maar ook daar zal men aandacht besteden aan de situatie van het kind aan wie geschonken of geleend wordt en eventueel zal men de aard van de overeenkomst aanpassen. Een schenking komt in beginsel enkel toe aan het begiftigde kind en wordt later geheel verrekend in de erfenis (tenzij zijn schuld groter is dan zijn erfdeel, in welk geval het meerdere onderworpen blijft aan het gemeen recht). Wordt een lening toegestaan aan de zoon en de schoondochter dan geldt de inbrengregeling enkel voor het deel, toegestaan aan het eigen kind. Voor de gehuwde partner is het gemeen recht van toepassing. Zo kan bijvoorbeeld, bij onvermogen, dit deel van de schuld niet via de verdeling verrekend worden.

Werd de schuld door de zoon en schoondochter aangegaan met hoofdelijkheid en ondeelbaarheid dan kan de *erflater* zelf de betaling van de hele schuld eisen zowel van de ene als van de andere echtgenoot maar bij zijn overlijden moet enkel het aandeel van de zoon ingebracht worden²³.

Gesteld dat een schuld werd aangegaan door de zoon terwijl diens echtgenote enkel optrad als borg dan zal de volledige schuld moeten worden ingebracht. Omgekeerd echter, wanneer de schuld werd aangegaan door de echtgenote terwijl de zoon slechts optrad als borg dan zal er geen aanleiding zijn tot inbreng van schuld tenzij de echtgenote in gebreke was gebleven de opeisbare schuld te voldoen²⁴.

²¹ Brussel 22 oktober 1969, *Rec.gén.* 1971, nr. 21509, 399; R. DILLEMANS, M. PUELINCKX-COENE en J. VERSTRAETE, “Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1968-1977)”, *TPR* 1978, 80, nr. 10; J. VERSTRAETE, “Pactes sur succession future”, *Rép.not.*, T. III, L. II, Larcier, 2005, 25, nr. 5.

²² Art. 4.95 BW.

²³ H. DE PAGE, *Traité*, T. IX, nr. 1321 met verwijzing naar art. 1209 BW en redenering *ex absurdo*: gesteld dat verschillende erfgenamen een zelfde schuld met hoofdelijkheid en ondeelbaarheid hadden aangegaan, dan kan niet worden aangenomen dat al deze erfgenamen de volledige schuld moeten inbrengen vermits hierdoor de nalatenschap niet slechts zou hersteld maar verrijkt worden.

²⁴ Gent 9 februari 1898, *Rev.prat.not.* 1898, 303, obs.; H. DE PAGE, *Traité*, T. IX, 986, nr. 1322.

Indien de *erflater* zich had borg gesteld voor een schuld van zijn erfgenaam dan neemt men aan dat de overige erfgenamen het recht hebben te eisen dat de erfgenaam-schuldenaar ofwel decharge bekomt van de borgstelling zo niet aanrekening van de gewaarborgde schuld op zijn erfdeel²⁵.

Vrijstelling van inbreng van schuld is niet mogelijk. De erflater kan niet afwijken van de inbrengregeling van de schuld, ook niet bij erfovereenkomst²⁶. De erfgenamen beschikken hier over een eigen recht om de inbreng te eisen. In het verleden werd de vrijstelling van inbreng van schuld beschouwd als een wat ongelukkige manier om de schuld kwijt te schelden, wat op zijn beurt mogelijkwijze gekwalificeerd kon worden als een (onrechtstreekse) schenking²⁷.

4. Een vader van twee kinderen is eigenaar van onder meer twee naast elkaar liggende bouwgronden met gelijke oppervlakte. Hij schenkt aan elk kind, naar aanleiding van hun huwelijk, een bouwgrond in volle eigendom als voorschot op erfdeel. De eerste schenking heeft plaats in mei 2010 (waarde bij de schenking 200.000 euro), de tweede in mei 2020 (waarde op dat ogenblik 350.000 euro). De schenker overlijdt in december 2022. De eerste begiftigde (A) moet inbrengen: 200.000 euro + indexaanpassing (25.216 euro) of in totaal 275.216 euro; de tweede begiftigde (B) moet inbrengen: 350.000 euro + indexaanpassing (59.083 euro) of in totaal 409.083 euro of 133.867 euro meer dan zijn broer die bovendien reeds tien jaar eerder het genot van de grond heeft gehad. De Wulf reikt de volgende pertinente oplossingen aan²⁸:
 - de tweede schenking gebeurt met vrijstelling van inbreng maar onder last voor de begiftigde aan de nalatenschap een som te betalen die overeenstemt met de waarde van de inbreng lastens de eerste begiftigde;
 - ofwel wordt aan het kind dat tot de hoogste inbrengwaarde gehouden is een legaat vooruit en buiten deel vermaakt tot beloop van het waardeverschil;
 - ofwel wordt een globale erfovereenkomst gesloten om de onevenwichten weg te werken (wat het akkoord van alle kinderen veronderstelt).

5. Voorbehoud van vruchtgebruik. Veronderstel een vader met twee kinderen. Hij schonk in januari 2000 aan kind A de volle eigendom van een woning met een waarde op dat ogenblik van 200.000 euro en aan B, die minder met

²⁵ A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, IV, p. 216, nr. 670; *RPDB, Successions*, nrs. 2282-2283; P.-J. DE DECKER, “Inbreng en inkorting, de kwelduivels van uw vereffening!” in *Notariële actualiteit* 2017, 23, nr. 49; J. VERSTRAETE, “Inbreng van schulden. Topic 51” in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds.), *HEP, Algemeen deel 2, Schenking*, Larcier, 2009, 290, nr. 518.

²⁶ Art. 4.89 en 4.242, § 1 BW; R. DEBLAUWE, *Het nieuwe erfrecht anno 2019*, KnopsPublishing 2019, 37 blz., 150, nr. 297; C. DE WULF, *De Erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, p. 33, nr. 62.

²⁷ J. DU MONGH, “Inbreng en inkorting” in W. PINTENS (ed.), *De vereffening van de nalatenschap*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 115, nr. 38; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, 803, nr. 774; *RPDB, Successions*, 369, nr. 2259.

²⁸ C. DE WULF, *De erfwet van 31 juli 2017 – Een algemeen overzicht met modellen voor de praktijk*, Brugge, die Keure, 2018, 34, nr. 64 e.v. en zijn kritiek aldaar; zie ook D. LEIRE, “Indexering van schenkingen voor inbreng in tijden van hoge inflatie”, *T.Not.* 2023/1, p. 12, nrs. 9-21.

eigendom en inkomsten kon omspringen, enkel de blote eigendom van een andere woning met een zelfde waarde van 200.000 euro. De schenker overlijdt in december 2022 waardoor zijn vruchtgebruik vervalt. Op dat ogenblik is de woning, geschonken aan B, 450.000 euro waard. Dit is het bedrag dat B moet verrekenen. De woning, geschonken aan kind A heeft op dat ogenblik eveneens een waarde van 450.000 euro maar A heeft intussen wel in de geschonken woning gewoond, wat hem een besparing opleverde van (276 maanden x 600 euro gemiddelde huurwaarde) of 165.600 euro. B heeft in feite een voordeel genoten van $450.000 + 165.600 = 615.600$ euro. Wat moet hij verrekenen? Waarde schenking (200.000 euro) + indexatie tot het overlijden van de schenker (144.039,76 euro) of samen 344.039,76 euro (er wordt geen rekening gehouden met de vruchten die het geschonken goed heeft opgebracht, noch met het voordeel dat de begiftigde heeft gehaald uit het genot van het goed tussen de dag van de schenking en deze van het overlijden van de beschikker²⁹) hetzij een verschil tegenover zijn broer van $(615.600 - 344.039,76) = 271.560,24$ euro. Billijk? De inbrengregels zijn er toch precies op gericht om de gelijkheid tussen de erfgenamen te handhaven? Ook hier zal de schenker moeten ingrijpen om dit doel te bereiken, normaliter via een testamentaire bepaling waardoor het ongerechtvaardigd geachte waardeverschil met vrijstelling van inbreng wordt gelegateerd aan het kind dat door de tussengekomen regeling werd benadeeld. Het spreekt voor zich dat dit slechts kan gebeuren in de mate dat het beschikbaar deel daartoe de ruimte biedt. Men zal daarbij ook rekening houden met de consequenties van het recente standpunt van het Hof van Cassatie i.v.m. de erfrechtelijke verrekening van gemeenschapsgoederen overeenkomstig de verdeelsleutel van de huwelijksgoederengemeenschap³⁰.

Zoals hierboven aangestipt, wordt bij een schenking met voorbehoud vruchtgebruik (of elke andere schenking waarbij de begiftigde niet onmiddellijk het recht verkrijgt om over de volle eigendom te beschikken) rekening gehouden met de waarde van het goed op het ogenblik dat het vruchtgebruik ophoudt (of, algemeen, op het ogenblik waarop de begiftigde het recht verkrijgt over de volle eigendom te beschikken). De te verrekenen intrinsieke waarde ligt dus nog niet vast op de dag van de schenking. Onder meer in het geval als hierboven geschetst³¹ of wanneer een aanzienlijke waardeverhoging verwacht wordt, kan of zal het aangewezen zijn om ter gelegenheid van de schenking (of desnoods op een later ogenblik) een punctuele erfovereenkomst te maken waarbij de intrinsieke (nog te indexeren) waarde van het geschonken goed meteen wordt gefixeerd³². De schenker en de begiftigde kunnen im-

²⁹ Art. 490, § 2 BW.

³⁰ Cass. 7 december 2020, *T.Not.* 2021, 55, noot J. VERSTRAETE en P. DE PAGE.

³¹ Of wanneer meerdere schenkingen met voorbehoud van vruchtgebruik werden gedaan maar waarbij op verschillende tijdstippen verzaakt wordt aan het vruchtgebruik.

³² Zie J. BAEL, "Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen in het nieuwe erfrecht" in J. BAEL (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, dl. 31, Brugge, die Keure, 187, nr. 371.

mers overeenkomen dat de hier bedoelde inbreng zal geschieden volgens de intrinsieke waarde van het goed op de dag van de schenking, te vermeerderen met de indexaanpassing. Deze waarde geldt dan voor iedere erfgenaam die ze aanvaard heeft in de akte of bij een later contract, gesloten met de schenker en de begiftigde³³. Het gaat in dit geval dan wel om een punctuele erfovereenkomst waarbij de voorgeschreven formaliteiten moeten worden gevolgd³⁴. De aanvaarding van deze overeenkomst door de toekomstige mede-erfgenamen houdt voor hen geen schenking in³⁵.

Voor zover het beschikbaar deel dit toelaat, kan de schenker bij testament ook bepalen dat een of meerdere schenkingen niet zullen moeten worden geïndexeerd. Dit zal dan leiden tot een aanrekening van het hierdoor bekomen waardeverschil op het beschikbaar deel.

6. De inbrengschuld is een chirografaire schuld.

Zowel de schenkingen als voorschot op erfdeel als de nog openstaande schulden van de erfgenaam ten aanzien van de erfflater moeten worden ingebracht. De schenkingen, in beginsel aan de geïndexeerde waarde bij de schenking, de schuld van de erfgenaam ten aanzien van de nalatenschap aan de waarde bij de verdeling, telkens verhoogd met de verschuldigde interest vanaf het openvallen van de nalatenschap. Deze inbrengschulden zijn chirografaire schulden maar de mede-erfgenamen worden beschermd via de techniek van de inbreng.

Veronderstellen we een in te brengen schenking of een in te brengen schuld die binnen de perken van het erfdeel is gebleven en dat de begiftigde de nalatenschap heeft aanvaard. In dit geval wordt de inbrengschuld in mindering gebracht van/verrekend met het erfdeel van de erfgenaam-schuldenaar. Hierdoor is de erfgenaam-schuldenaar steeds solvent tot beloop van zijn erfdeel. De mede-erfgenamen komen hiervoor dus niet in concurrentie met de persoonlijke schuldeisers van de erfgenaam-schuldenaar. Dit is ook zo indien de erfgenaam-schuldenaar op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap onvermogen was of zelfs failliet werd verklaard³⁶. In dit laatste geval wordt dus de gehele schuld en niet slechts het door de curator uitgekeerde dividend via inbreng verrekend³⁷. Deze oplossing wordt verantwoord door de gelijkheid die bij de verdeling moet heersen, zo niet zouden de mede-erfgenamen de kans lopen om goederen aan hun deelgenoot-schuldenaar te moeten afstaan en zelf opgezadeld te worden met een dubieuze vordering. Betreft

³³ Art. 4.90, § 6 BW.

³⁴ Art. 4.90, § 7 BW dat de artikelen 4.244 tot 4.253 BW toepasselijk verklaart.

³⁵ Art. 4.248 BW.

³⁶ Parijs 20 maart 1906, *Rev.prat.not.* 1906, 570: “*Considérant que la faillite du copartageant ne saurait apporter aucune modification au règlement des droits des copartageants entre eux; qu'en effet ce n'est pas l'hérédité qui vient à la faillite, mais bien la faillite qui vient à l'hérédité et que la masse des créanciers ne peut avoir plus de droits que le failli qu'elle représente.*”

³⁷ M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, 808, nr. 780.

het een schuld die de erfgenaam had ten aanzien van de erflater dan blijft deze schuld enkel doorlopen voor het deel dat het erfdeel van de erfgenaam-schuldenaar overtreft. Voor dit deel blijven dan, na de tussengekomen verdeling, de gewone regels van het verbintenissenrecht en beslagrecht gelden³⁸.

Overschrijdt een gift het beschikbaar deel dan gebeurt de inkorting in beginsel in waarde. Indien de begunstigde, wiens gift moet worden ingekort, een reservataire erfgenaam is, wordt de door hem te betalen vergoeding bij voorrang toegerekend op zijn reserve³⁹. Erger wordt het mogelijks in de veronderstelling dat de erflater reservataire erfgenamen nalaat en zijn voornaamste vermogensbestanddeel als voorschot op erfdeel had geschonken aan een van zijn toekomstige erfgenamen die nadien onvermogen is geworden. Stel dat de begiftigde in deze hypothese, bij afwezigheid van afstammelingen, de nalatenschap verwerpt dan wordt de in te brengen schenking gedenatureerd tot een schenking buiten deel zodat de begiftigde hoe dan ook recht heeft op het hele beschikbaar deel (of wat daarvan nog overbleef op het ogenblik van bedoelde schenking)⁴⁰. Vermits de begiftigde de nalatenschap bij veronderstelling verworpen heeft, blijft hij vreemd aan de erfenis en is hij bijgevolg niet meer tot inbreng gehouden. De erfgenamen kunnen in voorkomend geval wel een vordering tot inkorting instellen maar deze vordering kan in deze hypothese louter illusoir zijn. Onder het oude recht beschikten de reservataire over een zakelijke vordering met volgrecht om hun reserve (in natura) te herstellen. Onder gelding van het huidige recht gaat het uitsluitend om een persoonlijke vordering die niet door enig voorrecht is gewaarborgd. De reservataire zullen voor de realisatie van hun inkortingsvordering in dit geval de regel van de samenloop moeten ondergaan.

BESLUIT

De wetgever heeft inzake inbreng van schenkingen geopteerd voor de eenvoud en voorzienbaarheid. Het is nog maar de vraag of deze eenvoud en voorzienbaarheid de gelijkheid dient, wat toch de eerste en voornaamste bedoeling is of moet zijn van de inbrengregeling. Het argument van de voorzienbaarheid is niet overtuigend. De waarden zijn dan misschien wel voorzienbaar voor de begiftigde maar de situatie van de erfgenamen die niet begiftigd zijn wordt niet voorzienbaar vermits zij geen zicht hebben op het bedrag dat hun zal worden aangerekend indien zij bij de verdeling een gelijkaardig goed zullen toebedeeld krijgen. Het argument dat rekening moet worden gehouden met de waarde waarmee de erflater zich heeft verarmd, is juist maar het is o.i. onjuist om te beweren

³⁸ Art. 4.95 BW.

³⁹ Art. 4.156, § 1, tweede lid BW.

⁴⁰ De schenker kan deze denaturatie van zijn in te brengen schenking voorkomen door te bepalen dat deze schenking zal ontbonden zijn indien de begiftigde, bij afwezigheid van afstammelingen, de nalatenschap van de schenker zou verwerpen.

dat dit de waarde is die het geschonken goed had op het ogenblik van de schenking. Bij een schenking verliest de schenker de kans op waardevermeerdering. Ook het argument dat de verplichting tot inbreng van de waarde bij overlijden van aard zou zijn om de begiftigde er toe aan te zetten het geschonken goed slecht te onderhouden zodat de te verrekenen waarde zou verminderen, overtuigt geenszins. Dit argument gaat trouwens voorbij aan de verplichting tot inbreng van de goederen in de staat waarin ze zich bevonden op het ogenblik van de schenking zodat waardevermindering of -vermeerdering, enkel toe te schrijven aan de begiftigde, niet in rekening mocht worden gebracht. Bepaalde opties van de wetgever wekken de indruk dat voornamelijk naar het gemak van de rechtspracticus werd gestreefd.

R. Dillemans schreef m.b.t. de napoleontische reserveregeling in zijn magistraal en bekroond proefschrift⁴¹ het volgende: “...*Het geheel is coherent. Indien men aan één van deze complementaire aspecten tornt, verliezen alle andere hun pregnantie. Dit is wat in feite werd bereikt door de Franse wetshervorming in 1938, die in elke hypothese de schatting van de geschonken goederen op de dag van de schenking vastlegde. Uiteindelijk heeft de schijnbaar onrevolutionaire wijziging van deze schattingsdatum de ondermijning van de tot dusver als fundamenteel beschouwde grondbeginselen van de reserve voor gevolg: het recht op de reserve in erfgoederen, ten slotte het erfrechtelijk karakter van de reserve. Dit moeten ook diegenen bedenken die zich voor de wenselijkheid van de schatting in het algemeen op het ogenblik van de schenking durven uitspreken: raakt men aan de schattingstechniek van art. 922 dan wordt gans de instelling aan het wankelen gebracht.*”⁴²

Willen wij terugkeren naar het napoleontisch recht? Neen, maar wij vrezen dat wij in de toekomst zullen te maken krijgen met veel onrechtvaardigheden en ruzieboedels, net zoals men in Frankrijk heeft moeten vaststellen na de hervorming van 1938. De Franse wetgever is daarom opnieuw moeten tussenkomen met de hervorming van 1971. Het zal daarom nu vooral aan de notarissen zijn, indien zij daartoe de kans krijgen, om de partijen, betrokken bij de schenking, grondig van advies te dienen en de middelen te benutten die voorhanden zijn om de door de schenker beoogde gelijkheid zoveel als mogelijk te bereiken en eventueel correcties tijdig te adviseren.

⁴¹ R. DILLEMANS, *De Erfrechtelijke Reserve*, Leuven, 1960, 80.

⁴² R. DILLEMANS, *o.c.*, 87, voetnoot 78 bekritiseert ook het standpunt van H. De Page waar deze schrijft (H. DE PAGE, *Traité*, Complément IV, p. 257): “... *ce qui semble critiquable dans le système du Code, c'est de vouloir reconstituer le patrimoine du défunt au décès ..., même pour les donations antérieures (et peut-être largement antérieures). Ce patrimoine s'est appauvri de ces donations au moment où elles ont été faites; il ne s'en appauvrit pas au décès du donateur.*”

DE HOOPVOLLE TOEKOMST VAN HET NOTARIAAT NA DE 4.0 DIGITALE REVOLUTIE ALS GESPREKSTHEMA BINNEN DE U.I.N.L. AAN DE UNIVERSITEIT VAN HET NOTARIAAT¹

Luc WEYTS

1. “In een wereld die overspoeld wordt met frequent irrelevante informatie is helderheid macht.” Zo vangt Yuval Harari, Israëlisch futuroloog, zijn derde boek aan *21 lessen voor de 21^{ste} eeuw*². Volgens hem zouden er op termijn – als we niet reageren – twee klassen van mensen ontstaan ingevolge de opkomst van kunstmatige intelligentie. Eén groep van supermensen die tot alle data toegang heeft, en één massale overbodige onderklasse die dat niet heeft³. Hij roept onder meer juristen op zich te verdiepen bij de netelige vraag hoe we de eigendom van die data zullen reguleren.

Voor het *contractenrecht* lijkt dit de notaris te moeten zijn, die als *trusted third party* voor de burger helderheid zoekt bij de tsunami van regelgeving, en wild groeiende data die op ons afkomen. Het schrappen van die tussenpersoon, wat men met blockchain en kunstmatige intelligentie beoogt, lijkt onzin. De notaris moet de bruggenbouwer, de zgn. poortwachter, blijven die de burger verbindt met de gedigitaliseerde maatschappij op vlak van eminente en belangrijke contracten voor de burger⁴.

Deze laatste wordt geconfronteerd met *stijgende juridische wetgeving, rechtsleer en rechtspraak*. Hij lijkt blijvend te moeten worden geholpen bij het op getouw zetten van een ordentelijk notarieel contract. De goed opgeleide en verder studerende notaris blijft zijn rechterhand, ook na blockchain en artificiële intelligentie. Het verhaal van de notaris is immers een doorlopend verhaal⁵.

Verdedigers van blockchain zweren dat met hun systeem vervalsingen uit de wereld verdwijnen, hackers geen toekomst meer hebben, alle conflicten juri-

¹ Lezing gegeven n.a.v. de viering van 150 jaar WPNR (Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie) te Utrecht op 23 januari 2020 samen met Valérie Weyts, notaris te Brussel, licht aangepast.

² Y. HARARI, *21 lessen voor de 21st eeuw*, (Nederlandse vertaling), NL, Thomas Rap, 2018, 9.

³ Y. HARARI, *21 lessen voor de 21st eeuw*, (Nederlandse vertaling), NL, Thomas Rap, 2018, 104.

⁴ J. MELIS en B. WAAIJER, *De Notariswet*, Amsterdam, Wolters Kluwer, 2019 (negende uitg.), nr. 2.4.5, p. 24 verwijzend naar hoofdstuk 14.

⁵ G. LEKKERKERKER, “De notaris en zijn eigen waarde: een kijk op het beroep, beroepspllichten en realiteiten van het hier en nu” in *De Goede notaris. Over notariële deontologie*, Den Haag, KNB, 2010, 19.

disch verdwijnen, en daarmee ook de notaris, de advocaat, de rechter⁶. Met de titel voor zijn film van de Franse regisseur Jean Yanne zouden we in een ideale wereld belanden: “Tout le monde il est beau, tout le monde il est gentil”. Een perfecte wereld, wellicht saai, maar netjes en foutloos georganiseerd.

Geloof het niet. Ook *de sterk gedigitaliseerde wereld zal kampen met problemen*. Computers zullen ook dan worden gekraakt, corruptie kan blijven opduiken. Een enorme energiefactuur komt daardoor op ons af om geheel de apparatuur aan informatica draaiende te houden.

Blockchain is *niet dat zwaard van Damocles* dat boven het hoofd van het notariaat hangt⁷. Het doet dat tweede oudste beroep ter wereld – het notaris zijn – niet naar de geschiedenisboeken verhuizen. Het wordt, integendeel, het ons ondersteunend instrument, dat veel formaliteiten nuttig kan vervangen.

Van Mourik noemt heel dat gedoe van digitalisering *onze nieuwe gereedchapskist*. Dat moet precies het notariaat dienstbaar zijn, meer niet⁸. Het blockchainregister kan zelfs een Europees en waarom niet een mondiaal register in het leven roepen, dat mits respect van de GDPR, de *privacy*, transparant in kaart brengt wat o.m. een burger of rechtspersoon als onroerend vermogen bezit. En waarom ook niet voor het roerend bezit, al gaat dat wellicht te ver⁹? Het zou tevens een juist beeld scheppen van allerlei schulden en beperkingen, van administratieve en fiscale aard, voorkeuren, huren enz. Het zou een schitterende bron van informatie kunnen worden.

De maatschappij wordt daardoor *allicht veiliger, transparanter en kostenbesparend*. Blockchain zou zeker het probleem van de zgn. dode hoek voor ons land doen verdwijnen¹⁰. Want tussen de aanvraag en het bekomen van het resultaat bij een opzoeking op het kantoor rechtszekerheid bestaat er nog steeds een kleine kloof, een leemte. Dat bezorgt het Belgisch notariaat heel uitzonderlijk kopzorgen bij malafide of zwaar in schulden vertoevende cliënten¹¹. Blockchain gaat dat kennelijk verhelpen.

⁶ B. VUYLSTEKE, “Blockchain – Wat is het? Wat kan het betekenen voor het Notariaat?”, *T.Not.* (B) 2018, 205.

⁷ B. VERHEYE, “Blockchaintechnologie en het notariaat bij vastgoedtransacties: Damocles’zwaard of opportuniteit?”, *T.Not.* 2019, 212; tevens B. VERHEYE, “Technologie en de notaris – wat kunnen blockchaintechnologie en smart contracts betekenen voor het notariaat?” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, 137 e.v.; P. DANNEELS, “Fundamenten voor een AI gedreven notariaat” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, 101 e.v.

⁸ M.-J. VAN MOURIK, “Het Nederlands notariaat: een ongewisse toekomst?” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, nr. 42, p. 317.

⁹ Wellicht te handig voor de fiscus.

¹⁰ B. VERHEYE, “Technologie en de notaris – wat kunnen blockchaintechnologie en smart contracts betekenen voor het notariaat?” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, 146.

¹¹ L. WEYTS, *Notarieel Contractenrecht* in de reeks *Notarieel Recht*, deel I, Verkoop uit de hand – Vrijwillige openbare verkoop, Mechelen, Wolters Kluwer, 2018 (derde uitg.), nr. 18, p. 162 met verdere verwijzingen.

Maar zulk blockchainregister is *maar goed als het op correcte wijze wordt gevoed*. Het levert slechts die gegevens aan, die correct worden ingebracht. Wat fout is, blijft fout. Een centrale overheid, en waarom dan niet het notariaat, kan naar de toekomst toe die taak vervullen?

Heiligmakend wordt trouwens voor ons land dat *blockchainregister niet*. Dat is precies contradictorisch met wat blockchain precies beoogd te bieden: nl. een volwaardige rechtszekerheid. Het Belgisch vastgoedregister is in hoofdzaak gebaseerd op wat de persoon heeft als eigendomsbezit. Wij hebben geen *Grundbuch* naar Duits en Zwitsers model gebaseerd op percelen. De Belgische administratie voor het register, de AAPD¹², heeft eerder een passieve taak. Zij verleent publiciteit naar derden toe, naar wat door de notaris wordt aangebracht. Zij garandeert geenszins de geldigheid van de gepubliceerde rechtshandeling. Dat is en blijft het domein van de notaris. En dat is logisch ook.

Het *publiciteitsinstrument moet in ieder geval het materiële recht dienen, en niet omgekeerd*. Het dient om ons recht te faciliteren, en niet om te zeggen wat een geldige overdracht is en wat niet¹³. Trouwens ook bij een *Grundbuch*-systeem moet een centrale overheid of het notariaat het laatste woord hebben omtrent wat in het blockchainregister belandt. Komt daarbij dat naar Frans model in ons land erfopvolgingen en verjaringen van eigendom lange tijd niet op het kantoor Rechtszekerheid terechtkwamen. Nu wel¹⁴. Het blockchainregister zal bijgevolg wel een beter, maar een blijvend vertekend en onvolledig beeld scheppen van onroerend bezit van de burger.

2. En wat te denken van *smart* contracten in het notariaat? Zullen zij het notariaat overbodig maken? Blockchaintechnologie lijkt wellicht bruikbaar voor super eenvoudige verkopen van vastgoed. Maar zijn er nog zo vele verkopen, waar niet een of ander probleem opduikt? Een eenvoudige BV oprichten lijkt volgens Europa op digitale wijze eenvoudiger te kunnen geschieden, dan het verlijden van een notariële koopakte.

Het *onderzoek van vele gegevens* moet uiteraard via blockschain geschieden, zoals naar de identiteit, de algemene bekwaamheid van de ondertekenaars, de gegevens van het eigendom, de vele voorafgaande administratieve opzoekingen en meldingsplichten na akte, de klassieke clausules, enz.

Maar *quid* als één van de partijen een zwak moment heeft, en bij de akte *niet echt wilsbekwaam* blijkt te zijn? Is de fysieke aanwezigheid van de notaris dan niet vereist om de zwakkere partij te beschermen bij deze voor hem en zijn gezin

¹² Algemene Administratie Patrimonium Documentatie, met het kantoor Rechtszekerheid.

¹³ B. VERHEYE, “Technologie en de notaris – wat kunnen blockchaintechnologie en smart contracts betekenen voor het notariaat?” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, 145.

¹⁴ C. BLOMME en S. DE VOS, “Notariële aspecten van het attest en de akte van erfopvolging – een eerste blik op de onroerende erfopvolgingsakte (OEA) met modeltekst”, *T.Not.* 2020, 819.

essentiële akte? Het gaat hier tenslotte niet om het kopen van een paar kousen en schoenen, die men zelfs met een pakjesdienst kan terugsturen als ze niet dienend zijn.

De informatie en raadgeving, de zgn. Belehrungspflicht (Duitse notariële terminologie), die dan niet of zonder *eye contact* plaatsgrijpt, lijkt de grootste zorg te zijn. Het passeren van een akte gebeurt dan niet meer in een gezellig bureau, desnoods met een goed glas wijn of een jonge-notaris-drankje erbij, en vroeger met een lekkere sigaar¹⁵. Gaan we die kille technologie ons laten overrompelen? Gaan we alle menselijkheid de rug toekeren bij die belangrijke momenten voor de burger.

Hoe verloopt dan trouwens de actieve “authenticering” bij het passeren van een akte? Via een *chatbox*? Hoe zullen de fitnesses aan de burger worden overgebracht, vooral de vele gevolgen van de akte? Hoe het evenwicht tussen partijen bewaard, en hoe de wettigheid steeds gegarandeerd? Of staan we ooit voor een heel ver vergezicht: het verdwijnen van de fysieke verschijning voor notaris. Wordt hij een louter virtuele persoon achter een scherm¹⁶?

De futuroloog Harari beweert zelfs dat computeralgoritmen niet alleen *de menselijke ratio kunnen vatten, maar ook gevoelens en emoties*. Informatica zou die op termijn kunnen detecteren en monitoren. Geloof ook dat niet. Hij geeft trouwens onmiddellijk toe dat dit nooit perfect zal verlopen¹⁷. Wellicht ook niet na de onlangs gerealiseerde supersnelle *quantum*-computer. Recht en technologie blijven op vele vlakken een gedwongen maar moeilijk huwelijk¹⁸. Technologie lijkt nooit een “gevoel” voor recht te kunnen kweken¹⁹.

Bestaat niet het risico zoals de Duitse prof. Knieper op het notarieel wereldcongres te Jakarta in 2018 kwam vertellen, dat zoals onder het communisme de Staat zich met alles en nog wat bemoeide, w.o. notarissen vaste modellen voorgeschoteld kregen die zij letterlijk moesten volgen, er nu van de andere kant privaat supersterke organisaties zullen zijn zoals *Google, Facebook, Instagram, TikTok* of *ChatGPT*, die via *blockchain* en *smart contracts* zullen trachten geheel de contractenmarkt in handen te krijgen. Zogezegd aan een goedkopere prijs, supersnel en heel eenvoudig.

¹⁵ M. STORME, “Het Notariaat aan de vooravond van het derde millenium: renaissance en revolte”, *Notarius* 1997, nr. 1, p. 17.

¹⁶ D. FROGER, “La réception d’un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés: mythe ou réalité”, *Défrenois* (F) 2004, nr. 92, p. 64; V. WEYTS, “A room with a view: van de klassieke naar de elektronische notaris”, *Jura Falconis* 1996-7, 80.

¹⁷ Y. HARARI, *21 lessen voor de 21st eeuw*, (Nederlandse vertaling), NL, Thomas Rap, 2018, 73-77.

¹⁸ H.J. SNIJDERS, “Recht en technologie, een constructief tweespan of gedwongen huwelijk?” in L.R. VAN DEN BERGH e.a., *Recht en technologie. Vraagstukken van de digitale revolutie*, Den Haag, Boom Juridisch, 2019, 15 e.v.

¹⁹ A. APPELMANS en B. VERHEYE, “Artificiële intelligentie en het Notariaat: toekomstmuziek of realiteit?”, *T.Not.* 2019, 988.

Zij hebben daarbij *geenszins het algemeen belang van de consument voor ogen*, louter hun eigen verdiensten²⁰. Het wantrouwen jegens deze technieken zal stilaan groeien. Het aangaan van een verzekeringscontract naast het eigenlijke contract wordt dan snel een *must*. Het moet waarborgen dat wat geschreven staat ook met de werkelijkheid en wettigheid strookt, zoals dat nu reeds in *common law*-landen legio is en zelfs een algemene praktijk geworden.

Maar het Latijns notariaat werkt niet in die zin. De notaris controleert alles. Het notariaat wordt gewaardeerd als een “sterk merk”²¹. Dat moeten we durven koesteren. Volgens de tevredenheidsbarometer scoort ons juridisch beroep het best van alle andere juridische beroepen.

*Staan we niet voor een over-simplificatie van het notarieel gebeuren met blockchain en smart contracts*²²? Moet onze leuze niet zijn: “Wat we zelf doen, doen we beter”? Waarom zouden onze nationale beroepsverenigingen, w.o. de KFBN en de KNB, niet zelf modellen van *smart contracts* uitwerken voor eenvoudige akten?

Dat brengt mij tot *twee stellingen*, die ik aan de jongeren voorleg en die zij hopelijk kunnen hardmaken. Het werd al in Jakarta op ons wereldcongres gesuggereerd: *Waarom niet aan een eigen notarieel blockchain-systeem denken met de 91 landen van de U.I.N.L., georkestreerd door eigen computerkenners? Mondiale problemen vergen nu eenmaal mondiale antwoorden*²³. Of is dat een Jules Verne-verhaal?

En ten tweede een vroeger voorstel, dat ik zelf als jongeren voorzitter deed binnen onze wereldorganisatie: *“Laat ons een eigen wereldnetwerk uitbouwen met twee lijsten per land van notarissen-generalisten, die bij klassieke vragen over nationaal recht aan buitenlandse notarissen een antwoord bieden, met daarbij een lijst met notarissen-specialisten, die meer detailkwesties kunnen oplossen in een internationale context.”* Zo wordt de U.I.N.L. waardevol voor elke basisnotaris, die met een internationaal dossier wordt geconfronteerd. Zo worden we samen sterker.

Persoonlijk vond ik ook het voorstel van gewezen Nederlands voorzitter Plagemans nog steeds aantrekkelijk, verdedigd in zijn doctoraat, nl. dat we moeten *afstappen van het idee dat alle notarissen een full service moeten kunnen bie-*

²⁰ R. KNIEPER, “4.0 Industrial Revolution: New horizons or Old fallacies?”, *Notarieel Wereldcongres U.I.N.L.*, Jakarta, 21 november 2019, 1-2: “These tendencies are so alarming because google and facebook will not act in the general and public interest, but in their own private interest, which is oriented to profit and market dominance.”

²¹ M.-J. VAN MOURIK, “Het Nederlands notariaat: een ongewisse toekomst?” in *Tradition in motion*, Antwerpen, Notarieel congres, 2019, 313.

²² B. VERHEYE, “Blockchaintechnologie en het notariaat bij vastgoedtransacties: Damocles’ zwaard of opportuniteit”, *T.Not.* 2019, nr. 9, p. 219.

²³ Y. HARARI, *21 lessen voor de 21st eeuw*, (Nederlandse vertaling), NL, Thomas Rap, 2018, 142.

den. Laat een notaris-generalist zich omringen met een aantal gespecialiseerde notarissen in een bepaald tak van het recht. Waarom niet? Het zou het notariaat ten goede komen. Hier biedt de figuur van de toegevoegde notaris wellicht de oplossing.

3. Hoe dan ook is het *Belgisch notariaat* minder mercantiel ingesteld dan het Nederlandse. Het gaat er bij ons nog enigszins ambachtelijk aan toe, zoals dat in de kleine dorpsnotariaten in Nederland ook het geval is. Het is nog meer dan hier een traditioneel notariaat, maar met een traditie *in motion*.

De digitalisering heeft bij ons nu wel definitief haar intrede gedaan *met de nieuwe Notariswet* van 22 november 2022²⁴. De grote steden kennen al een paar grotere entiteiten. Geen mastodont-notariaten, zoals die in Nederland bestaan. Van marktwerking wordt er in “Belgenland” eigenlijk niet gesproken. Maar het feit is er dat de notaris volgens Europa ook een ondernemer moet zijn. Ik wens slechts hierbij twee zaken in “*vedette*” te zetten.

Het Belgisch notariaat is recent fier over zijn zgn. *Biddit*-systeem bij de verkoop van onroerend goed. Het is een oud verhaal, in Nederland bekend, dat een Belgisch notaris zich actief bezig mag houden met tekoopstellingen bij verkopen uit de hand. Wij willen van bij het begin van het contract, bij de initiële redactie ervan, er juridisch bij zijn. Verkoopovereenkomsten worden frequent door makelaars gemaakt, maar niet exclusief en dikwijls met de hulp van het notariaat. Tamelijk recent gingen die makelaars zelf semiopenbare verkopen organiseren met biedingen via elektronische weg. Maar dat behoort precies tot het monopolie van het notariaat. Ons Hof van Cassatie (in NL: Hoge Raad) greep snel in, en verbood dat meteen aan hen²⁵.

Het Belgisch notariaat werkt thans met *Biddit*, een systeem van elektronisch bieden. Het wordt meer en meer aangewend, om op termijn alle tekoopstellingen wellicht op die wijze te laten geschieden, wat een doorn in het oog is voor de makelaars. Het laat kandidaat-kopers toe thuis elektronisch en transparant gedurende een week op een onroerend goed te bieden. Iedereen ziet daarbij de biedingen van zijn concurrenten. Uiteindelijk wanneer de elektronische zandloper opgehouden heeft te lopen, wordt de hoogstbiedende op het notariskantoor uitgenodigd om de notariële koopakte te tekenen²⁶.

Volop heeft in ons land de praktijk van de *videoconferentie* ingang gevonden bij het passeren van de notariële koopakte (transportakte) met twee of meer optredende notarissen in ons land. Geen vervelende verplaatsingen meer met de

²⁴ Wet 22 november 2022, *BS* 22 december 2022; tevens B. VERHEYE, “De notariële akte voor de toekomst: de gedematerialiseerde akte in breder technologisch perspectief”, *T.Not.* 2020, 265.

²⁵ Cass. 9 juni 2016, *T.Not.* 2016, 481.

²⁶ D. MICHIELS, “Tips ‘n Tricks voor Biddit” in *Liber Amicorum Aloïis Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, 475.

auto²⁷. Zoals u weet, mag in België zowel verkoper als koper zijn eigen notaris kiezen. Het biedt het voordeel dat elke notaris met zijn dossierkennis omtrent klant of goed, zijn steentje bijdraagt tot het welslagen van de akte. Wij zien daarin geen schending van het principe van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de notaris. Integendeel. Beide notarissen, met elk hun kennis, vinden samen een evenwichtig compromis tussen beide belangen, zonder zich te moeten begeben in een soort van advocatenrol. Het blijft bij een bemiddelend optreden²⁸.

Daarnaast kent het Belgisch notariaat een eenvoudige *site StartMyBusiness*, die ondernemers toelaat alle vragen daarover te stellen, en aan hun notaris de gegevens te bezorgen tot een digitale oprichting van een vennootschap. Vrijwel alle *onderzoeken vooraf en meldingen na akte* worden nu elektronisch ingevoerd. Zoals elk land van de U.I.N.L. houdt het Belgisch notariaat de knip op de pols om de hartslag van de digitale maatschappij te volgen, en past het zich samen met de andere daaraan aan.

4. Een en ander vormde het voorwerp van vele discussies met *jonge notarissen* (tot de leeftijd van 35 jaar of die slechts een notariële carrière hebben van slechts 5 jaar) komende uit de 91 U.I.N.L.-landen. Zij oordelen met een nieuw gezicht en horen een andere *soundtrack* omtrent de toekomst van het notariaat in het kader van de jaarlijkse lessen gedurende één week aan de *Universiteit van het Notariaat*, afwisselend georganiseerd in Rome en Buenos Aires. Zij metse len zich niet in, maar houden een open vizier op wat de toekomst zal brengen. Met branie durven zij alles in vraag stellen en zoeken ze naar een optrekken van het notariaat tot een hoger niveau zonder de essentie van het authentiek gebeuren te verliezen.

Bij dit alles moeten wij als notarissen dat AI-gebeuren met ChatGPT onder controle houden en niet meegaan in hun technologische overmoed. We zouden zo de Icarusval van het Notariaat meemaken, wanneer we onze vleugels te dicht bij die zon openslaan²⁹.

²⁷ G. ROUZET, “L’acte authentique à distance” in *Mélanges offerts à Roland de Valkeneer*, Brussel, Larcier, 404.

²⁸ E. DECKERS, “Zakelijke onpartijdigheid” in *Liber Amicorum Aart Van Velten*, Deventer, Kluwer, 2003, 47; L. WEYTS, *Algemeen Deel, De Notariswet* in de reeks *Notarieel Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2023 (vierde uitg.), nr. 18, p. 92.

²⁹ A. GESCINSKA, “Vleugels voor de mensheid. Hoe AI onze vrijheden kan versterken en vernielen”, *De Lage Landen* (spec. ed.), 2023, 83.

VERTEGENWOORDIGING: EEN INTERESSANTE UITDAGING VOOR DE NOTARIS

Annelies WYLLEMAN

Dankbaarheid vervult mijn gemoed nu het Comité voor Studie en Wetgeving zijn honderdste verjaardag mag vieren. Hoeveel uren vrijwillige hersenengymnastiek moeten niet verricht zijn door al die jaren heen om het Belgische notariaat te gidsen door tal van juridische nieuwigheden en interpretatieperikelen! De notaris als eerstelijnsjurist bij uitstek is in het kader van zijn advies- en informatieplicht ertoe genoopt het recht snel te vatten en mee te zijn met de draagwijdte van elke bestaande en nieuwe norm, hoe complex ons rechtssysteem ook is. De adviezen van het Comité bieden daarbij een onmisbare houvast.

In deze bijdrage ter ere van dit honderdjarig bestaan wil ik aan de hand van een rechtsfiguur die me in mijn wetenschappelijke activiteit nauw aan het hart ligt, het denken over recht en complexiteit mee¹ aanwakkeren. Reeds ontelbare keren heb ik mijn studenten voorgehouden dat zij degenen zijn die ons rechtssysteem zullen moeten vereenvoudigen. Ik blijf er rotsvast van overtuigd dat onze complexe samenleving geen boodschap heeft aan een “over-gecompliceerd” recht. Ellenlange regelingen voor elk mogelijk aspect van ons bestaan geven niet het gevoel van houvast. En dat beoogt het recht toch in zekere zin te zijn: een houvast waarnaar burgers zich kunnen richten om te doen wat behoort in een beschaafde maatschappij.

Ook in de notariële akte op zich laat de complexiteit zich voelen. Vergelijken we vele hedendaagse aktes van een zelfde aard met die van 50 jaar geleden, dan moeten we vaststellen dat de omvang ervan bijna tien keer groter is. Dit hebben we “te danken” aan de wettelijk opgelegde formalisering van tal van informatieplichten. Maar ook wij, notarissen, bezondigen ons aan een ongehoorde “infobesitas” waaraan de burger doorgaans weinig boodschap heeft. Elke kleine wijziging kan het begin van een grote ommekeer zijn. Mag ik in deze bijdrage een aanzet geven om het tij te keren in de context van een van de meest populaire aktes van het ogenblik, met name de zorgvolmacht², en tegelijk de lastgeving in het algemeen? Ook de wetgever heeft hier ongetwijfeld een taak te vervullen. De besprekingen omtrent de redactie van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek,

¹ Toch bijzonder dat op een moment dat ik aan het broeden was op de insteek van deze bijdrage en beslist had om het over een antwoord op de complexiteit van het recht van alle dag te hebben, de Vlaamse Juristenvereniging eind april 2023 een lezing organiseert met als onderwerp “Recht en complexiteit – Een onontwarbare knoop?”. Zie F. JUDO, “Zo simpel als het recht”, *RW* 2022-23, 1280.

² <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2022/11/23/familiebarometer>

dus tot de hervorming van de bijzondere contracten – waaronder de lastgeving – zijn volop aan de gang³. Dit is een ideaal moment om op wetgevend vlak een bijdrage tot de vereenvoudiging van het recht te leveren.

Want laat ons toegeven: de huidige artikelen 1984 t.e.m. 2010 oud BW waaraan overeenkomstig artikel 490/2, § 1 oud BW – behoudens andersluidende wettelijke bepaling – ook de lastgeving als buitengerechtelijke bescherming onderworpen is, blinken niet uit in grote duidelijkheid. De wetgever van 1804 riep enkele soorten lastgevingsovereenkomsten in het leven. In artikel 1987 oud BW is sprake van een bijzondere en een algemene lastgeving. De wetgever heeft het in artikel 1988, eerste lid oud BW ook over een “in algemene bewoordingen uitgedrukte” lastgeving en in artikel 1988, tweede lid oud BW dan weer over een “uitdrukkelijke” lastgeving. Een bevattelijke definitie van deze diverse soorten lastgevingen is evenwel niet in de wet te vinden. Dit leidt tot onzekerheid en nodeloze verwarring, vooral bij het verrichten van daden van beschikking in het kader van een lastgeving. Wanneer een lastgeving in algemene bewoordingen is uitgedrukt⁴, omvat deze volgens artikel 1988, eerste lid oud BW enkel de bevoegdheid om daden van beheer te stellen. Voor het verrichten van daden van beschikking heeft de lasthebber een uitdrukkelijke volmacht van de lastgever nodig⁵, zoals artikel 1988, tweede lid oud BW, het laat uitschijnen. Daar is sprake van de vereiste van een uitdrukkelijke lastgeving “om goederen te vervreemden of met hypotheek te bezwaren, of om enige andere daad van eigendom te verrichten”.

Evenwel mag een “uitdrukkelijke” lastgeving niet verward worden met een “bijzondere” lastgeving. Dat blijkt in de praktijk wel het geval te zijn: in vele omstandige lastgevingsovereenkomsten wordt een uitdrukkelijke algemene lastgeving bedongen, ook om daden van beschikking te stellen, waarbij dan toch een ellenlange lijst van rechtshandelingen die men daaronder wil begrijpen, opgesomd wordt⁶. Dit is overbodig en maakt de lastgevingsovereenkomst nodeloos log en zwaar. Want dat een uitdrukkelijke lastgeving krachtens artikel 1988, tweede lid oud BW vereist is opdat de lasthebber daden van beschikking kan stellen, betekent niet dat er geen algemene uitdrukkelijke volmacht voor alle daden van beschikking van welke aard ook kan worden verleend⁷. Het volstaat

³ De Commissie belast met de hervorming van het bijzondere contractenrecht die werkt aan een ontwerp van boek 7, “Bijzondere contracten” werd opgericht bij MB 15 juni 2021, BS 2 juli 2021, 67.329 en is samengesteld uit B. Tilleman en P.-A. Foriers (covoorzitters), B. Kohl, M. Dambre, F. George, P. Brulez, S. Jansen (deskundigen), S. Stijns, R. Jafferalli (deskundigen-waarnemers) en J.-C. Boulet (FOD Justitie).

⁴ Bv. “ik geef volmacht aan Jan X”.

⁵ F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, Brussel, Bruylant, 2013, 41, nr. 30.

⁶ C. DE WULF, “De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T.Not.* 2013, 272, nr. 31.

⁷ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2e uitg., Brussel, Bruylant, 1975, nr. 392; F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, Brussel, Bruylant, 2013, 42-44, nrs. 31-32.

dat dit uitdrukkelijk wordt uitgedrukt in de lastgevingsovereenkomst⁸. Het stellen van daden van beschikking vergt dus een uitdrukkelijke lastgeving, niet een bijzondere lastgeving. Een algemene lastgeving waarbij uitdrukkelijk aangegeven wordt dat deze ook strekt tot het stellen van alle daden van beschikking, laat dan ook toe om de lastgever volkomen te vertegenwoordigen, ook voor daden van beschikking. Er is dan ook geen reden om lange opsommingen en diverse voorbeelden toe te voegen in dergelijke uitdrukkelijke en algemene volmacht. De uitdrukkelijke vermelding dat de bevoegdheid van de lasthebber ook alle daden van beschikking omvat, kan volstaan.

Dit is meteen een remedie tegen “infobesitas” bij volmachten. Ten onrechte en zonder enige verwijzing naar reeds lang gevestigde rechtsleer in andere zin, wordt in bepaalde rechtsleer⁹ geponereerd dat indien de lastgever de conventionele lasthebber beschikkingsdaden wil laten verrichten met betrekking tot zijn vermogen, deze handelingen duidelijk en concreet moeten geformuleerd zijn en dat een lijst van duidelijke handelingen moet worden opgenomen in de lastgevingsovereenkomst. Deze opvatting steunt op een achterhaalde interpretatie van de gemeenrechtelijke bepalingen inzake de lastgeving. Het is dus hoog tijd dat de wetgever deze problematiek in duidelijke wetteksten giet.

Voor partijen die ten volle vertrouwen hebben in elkaar, én voor de derden met wie de lasthebber namens de lastgever zal dienen te handelen, is een zo compact mogelijk geformuleerde lastgevingsovereenkomst een veel efficiënter werkinstrument. Omdat het feestcomité bij zijn schrijfinstructies aan de auteurs aangaf een modelclausule in de bijdrage voor het feestboek te verwachten, en de zorgvolmacht ten tijde van dit eeuwfeest maatschappelijk heel belangrijk is, heb ik onderaan deze bijdrage een basismodel van een voor vele partijen én derden zeer werkbare zorgvolmacht uitgewerkt. Dat kan op maat wel aangevuld worden, bij voorbeeld voor wie een controle op de uitvoering van de lastgeving wil uitwerken, maar beantwoordt in essentie aan wat de meeste burgers hiervan verwachten.

Wanneer een lastgeving enkel strekt tot het stellen van een bepaalde daad van beschikking, zoals de verkoop van een bepaald onroerend goed van de lastgever, en dus een uitdrukkelijke bijzondere volmacht betreft, moet deze volmacht strikt geïnterpreteerd worden¹⁰. Dit heeft tot gevolg dat tegelijk uitdrukkelijk en bijzonder volmacht moet worden verleend om alle daarbij behorende rechtshandelingen te stellen. Denk in het kader van een volmacht tot verkoop daarbij aan het ontvangen van de prijs, het verlenen van kwijting en van ontslag van

⁸ C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 37, nr. 28.

⁹ L. DE FEYTER en E. DE NOLF, “Enkele praktische aandachtspunten bij de redactie van een zorgvolmacht, in het bijzonder in relatie met een Belgische bancaire instelling”, *VIP* 2017, afl. 3, 4.

¹⁰ F. GLANSDORFF, *Mandat et fiducie*, Brussel, Bruylant, 2013, 43 nr. 31; B. TILLEMANS, *Lastgeving* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 153, nr. 304.

ambtshalve inschrijving. In artikel 1989 oud BW geeft de wetgever zelf daarvan een voorbeeld: “De macht om een dading te treffen omvat niet de macht om een compromis aan te gaan.” Hier zijn een nauwkeurige opsomming en verwoording van de bevoegdheden van de lasthebber wel vereist.

Voor enkele specifieke rechtshandelingen bestaan discussie en twijfel of ze rechtsgeldig kunnen worden gesteld krachtens een algemene volmacht waarin uitdrukkelijk alle daden van beschikking begrepen zijn, dan wel of een bijzondere volmacht vereist is, of dat zelfs niet voor vertegenwoordiging door een lasthebber in aanmerking komen¹¹.

Eén daarvan is de schenking die een heel bijzondere vermogensrechtelijke rechtshandeling vormt: de schenker krijgt geen materiële tegenprestatie, alleen dankbaarheid; er moet de intentie zijn om te begiftigen (*animus donandi*), wat vrijheid van wil en helderheid van geest¹² vergt; behoudens enkele uitzonderingen dienen in principe overeenkomstig artikel 4.158 BW alle schenkingen op straffe van nietigheid bij notariële akte te worden verleden¹³. Wie zijn goederen vervreemdt zonder dat hij daarvoor enige materiële tegenprestatie ontvangt, realiseert zich dus liefst goed wat hij doet¹⁴.

Er is geen twijfel dat een lastgever in een lastgevingsovereenkomst aan een lasthebber de bevoegdheid kan verlenen om een schenking te doen¹⁵. De wet bepaalt niet uitdrukkelijk dat de schenker zich kan laten vertegenwoordigen bij een schenkingsakte, maar in de praktijk wordt dit wel algemeen aanvaard voor zover de volmacht authentiek, uitdrukkelijk en bijzonder is¹⁶. Dat het moet gaan om een uitdrukkelijke volmacht, is evident vermits de schenking een daad van beschikking is. Dat de (ook algemene) volmacht in het bijzonder de bevoegdheid tot schenken moet vermelden, is aannemelijk aangezien de schenking toch

¹¹ Over andere specifieke rechtshandelingen zoals huwelijksvereenkomsten, levensverzekeringen, bancaire verrichtingen, zie A. WYLLEMAN, “Buitengerechtelijke bescherming – art. 489 oud BW” in *Artikelsgewijze commentaar Personen- en Familierecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021.

¹² Cass. 18 maart 1909, *Pas.* 1909, I, 184; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wils- onbekwamen en wilsgestoorden in Recht & Praktijk*, nr. 41 Mechelen, Kluwer, 2005, 126 e.v.; J. BAEL, “Overzicht van rechtspraak schenkingen en testamenten (januari 2011-september 2019): de toestemming en bekwaamheid en de vormvereisten bij de schenking en het testament” in J. BAEL (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 35*, Herentals, Knops Publishing, 2019, 89 e.v.

¹³ M. MASSCHELEIN, *Schenking bij notariële akte in Bibliotheek Burgerlijk recht en Procesrecht*, nr. 10, Brussel, Larcier, 2007, 67, nr. 111; J.-F. GERKENS, “Donner et retenir ne vaut... Réflexions à propos des exceptions aux articles 931 et suivants du code civil” in C. BIQUET-MATHIEU e.a. (eds.), *Liber amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 235.

¹⁴ M. PUELINCKX-COENE, “Giften. Overzicht van rechtspraak (1985-1992)”, *TPR* 1994, 1621, nr. 2.

¹⁵ R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE en E. ALOFS, *Erfrecht en giften. De nieuwe Erfwetten 2017 en 2018*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 159, nr. 178.

¹⁶ R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 252, nr. 298; C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer, 2003, 392 e.v.; E. GOVAERTS en L. WEYTS, “Notariële akte/België” in A. VERBEKE e.a. (eds.), *Handboek Estate Planning II, Vermogensplanning met effect bij leven: schenking*, Gent, Larcier, 2005, 99; M. MASSCHELEIN, *Schenking bij notariële akte*, Brussel, Larcier, 2007, 73, nr. 119.

een bijzondere rechtshandeling is waarbij de schenker zichzelf met begiftigingsinzicht verarmt door zonder materiële tegenprestatie zich te ontdoen van vermogensbestanddelen. Maar over “hoe bijzonder” de volmacht dan wel dient te zijn, is de rechtsleer verdeeld.

Volgens sommige auteurs¹⁷ moet de volmacht tot schenken de identiteit van de begiftigde, de beschrijving van het te schenken goed en de voorwaarden van de schenking bevatten. Een volmacht die in algemene bewoordingen de bevoegdheid aan de lasthebber verleent om schenkingen te doen, zou niet volstaan. Opgemerkt moet worden dat deze rechtsleer zich situeert in de periode waarin geen enkele wettelijke vertegenwoordiger namens zijn beschermeling tot schenking kon overgaan. Tot de wetwijziging van 17 maart 2013 die in werking trad op 1 september 2014, was ook in het kader van een voorlopig bewind een schenking bij vertegenwoordiging uitgesloten.

Sinds 1 september 2014 kan de vrederechter de bewindvoerder over de goederen bijzonder machtigen om krachtens artikel 499/7, § 4 oud BW tot schenking van goederen van de beschermde persoon over te gaan, indien de beschermde persoon zelf daartoe wilsongeschikt is en hetzij uit de verklaring van voorkeur tot aanduiding van een bewindvoerder, hetzij uit vroegere schriftelijke of mondelinge verklaringen van de beschermde persoon die hij heeft geuit op een tijdstip waarop hij wilsongeschikt was, de wil tot schenken uitdrukkelijk blijkt. De vereiste van een vroegere verklaring vanwege de beschermde persoon werd algemeen geformuleerd. Aangenomen wordt dat handelingen uit het verleden die een precedent vormen en waaruit dan de vermoede *animus donandi* van de beschermde persoon kan worden afgeleid, ook in aanmerking komen¹⁸. Wel geldt evenzeer als vereiste dat de schenking in verhouding moet staan tot het vermogen van de beschermde persoon, en bovendien hem of zijn onderhoudsgerechtigden niet behoeftig mag dreigen te maken¹⁹.

Geargumenteed kan worden dat deze wettelijke verschuiving van een uitsluiting naar een toch ruime bevoegdheid voor de bewindvoerder die zelfs mag verwijzen naar eerdere, zelfs mondelinge, verklaringen van de beschermde persoon om schenkingen te verrichten, ook een impact heeft op de wijze waarop men

¹⁷ H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops Publishing, 2014, 266; E. DE NOLF en E. EVERTS, “De nieuwe regeling inzake onbekwaamheid: kunnen meerderjarige wilsonbekwamen een huwelijkscontract, schenken en testeren?”, *NFM* 2014, 164, nr. 43; C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Notarieel familierecht en familiaal vermogensrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 304, nr. 459; N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 27, nr. 28; M. MASSCHELEIN, *Schenking bij notariële akte*, Brussel, Larcier, 2007, 73, nr. 119.

¹⁸ C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 213, nr. 219; N. GEELHAND DE MERXEM, “De beschermde personen en de successieplanning: wat biedt de nieuwe wet?”, *TEP* 2014, 46, nr. 86 en 55, nr. 113; T. WUYTS, *De nieuwe wet op het bewind*, Mechelen, Kluwer, 2014, 101, nr. 221.

¹⁹ A. WYLLEMAN, “Het bewind: enig nieuw beschermingsstatuut voor meerderjarige onbekwamen” in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 23*, Brugge, die Keure, 2013, 130, nr. 68.

invulling moet geven aan de vereiste van een bijzondere volmacht in het kader van een lastgeving als buitengerechtigde bescherming. Terecht stelt recentere rechtsleer²⁰ dat er geen wettelijke grondslag bestaat voor de vereiste van een volmacht met een zeer imperatief karakter waarbij de schenker de begiftigden, het voorwerp en de modaliteiten van de schenking in het bijzonder moet vermelden. De volmacht tot schenken kan imperatief zijn, maar moet dit niet zijn om uitwerking te kunnen krijgen. Het is het bewijs van de *animus donandi* in hoofde van de lastgever die het niet mogelijk maakt om op basis van een algemene volmacht – daarin begrepen volmacht tot het stellen van daden van beschikking – tot schenkingen over te gaan, indien deze algemene volmacht niet aangevuld is met een bijzondere bevoegdheidsaanduiding vanwege de lastgever aan de lasthebber om tot schenkingen te mogen overgaan. Aan de lastgever komt dan de vrije keuze toe om zeer specifiek, of meer algemeen, verdere aanwijzingen in dat verband aan de lasthebber te geven²¹.

Ook het handelen bij volmacht in het kader van vennootschappen doet bijzondere vragen rijzen.

Aangenomen wordt dat de bijzondere regels in het vennootschapsrecht als *lex specialis* primeren op de algemene regels inzake de lastgeving in het oud Burgerlijk Wetboek²².

Algemeen wordt aangenomen dat bestuursmandaten in vennootschappen en verenigingen *intuitu personae* worden verleend. Bestuurders worden benoemd vanwege hun persoonlijke kenmerken en kunnen zich niet zomaar laten vertegenwoordigen bij de uitoefening van het bestuur van de vennootschap, behoudens andersluidende statutaire bepaling. Ook de statutaire invulling van volmachten voor bestuurders moet beperkt worden opgevat, in die zin dat enkel een andere

²⁰ C. CASTELEIN en J. DIERYNCK, *Vermogensplanning voor en door beschermde personen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 204, nr. 213; A. VAN DEN BROECK, “De buitengerechtigde vermogensbescherming van kwetsbare meerderjarigen in rechtsvergelijkend perspectief”, *TEP* 2014, 88, nr. 39; M. VAN MOLLE, “Le mandat extrajudiciaire: une institution au service des personnes vulnérables” in FRNB (ed.), *La protection des personnes vulnérables – A la lumière de la loi du 17 mars 2013. Acte de la journée d’études organisée le 12 mai 2014 par le Conseil francophone de la FRNB*, Brussel, Bruylant, 2014, 87, nr. 23. Dit blijkt ook uit rechtsleer waarbij voorbeelden van clausules uitgewerkt worden: C. DE WULF, “De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen. De wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus”, *T.Not.* 2013, 280, nr. 47; W. PINTENS en D. DE BIE, “Een model van lastgeving voor de buitengerechtigde bescherming van wilsonbekwamen”, *T.Not.* 2020, 368, nrs. 25-26. Anders: J. BAEL, “De buitengerechtigde bescherming: een overzicht met aandacht voor een aantal discussiepunten in de rechtsleer en met een voorstel van een aantal modellen” in J. BAEL (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 28*, Brugge, die Keure, 2016, 252, nr. 176 e.v.

²¹ E. BEGUIN en J. FONTEYN, “Le mandat de protection extrajudiciaire”, *RBN* 2014, 477; M. VAN MOLLE, “Le mandat extrajudiciaire: une institution au service des personnes vulnérables” in FRNB (ed.), *La protection des personnes vulnérables – A la lumière de la loi du 17 mars 2013. Acte de la journée d’études organisée le 12 mai 2014 par le Conseil francophone de la FRNB*, Brussel, Bruylant, 2014, 87, nr. 23.

²² E. CALLENS, “Aanwending van de zorgvolmacht in de context van (patrimonium)vennootschappen: meer zorgen dan macht”, *TEP* 2018, 234, nr. 11.

bestuurder als lasthebber zal kunnen worden aangeduid, dat een volmacht van onbepaalde duur uitgesloten is en dat op bestuursniveau slechts uitzonderlijk van een volmacht gebruik kan worden gemaakt²³. Dit alles leidt tot het besluit dat een lastgeving als buitengerechterlijke bescherming het de lasthebber niet mogelijk zal maken om het bestuursmandaat van de lastgever verder uit te oefenen nadat de lastgever wilsongeschikt werd. In dit geval zullen de aandeelhouders van de vennootschap tot de vervanging van de bestuurder dienen over te gaan.

Wel is het in principe zo dat een aandeelhouder die een lastgeving als buitengerechterlijke bescherming geregeld heeft, op de algemene vergadering door zijn lasthebber kan worden vertegenwoordigd, nadat de aandeelhouder ingevolge wilsongeschiktheid daartoe zelf niet meer in staat is.

Wat de besloten vennootschap betreft, bepaalt artikel 5:95, eerste lid WVV uitdrukkelijk dat, voor zover de statuten het niet verbieden, een aandeelhouder zich kan laten vertegenwoordigen door een lasthebber die geen aandeelhouder moet zijn. Wie aandeelhouder is in een besloten vennootschap en een algemene lastgeving als buitengerechterlijke bescherming wil regelen, controleert best of de statuten de vertegenwoordiging via volmacht niet uitsluiten.

Algemeen wordt aanvaard dat handelen bij volmacht voor de aandeelhouder in de BV mogelijk is voor zover dit niet strijdig is met de fundamentele beginselen van het vennootschapsrecht. Daarbij wordt gewezen op de regel van de onvervreemdbaarheid van het stemrecht. Deze regel zou enkel worden omzeild voor zover een aandeelhouder een niet-imperatieve onherroepelijke volmacht voor onbepaalde duur zou verlenen, die bovendien een lamlegging van zijn eigen bevoegdheden met zich meebrengt²⁴.

Ook in de naamloze vennootschap kunnen de aandeelhouders hun bevoegdheden bij volmacht uitoefenen, maar artikel 7:142, derde lid WVV bepaalt wel dat “de volmacht kan worden gegeven voor een of meer specifieke vergaderingen of voor de vergaderingen die gedurende een bepaalde periode worden gehouden”. Over wat met dit laatste precies bedoeld wordt, bestaat onduidelijkheid. Sommigen²⁵ zijn van oordeel dat dergelijke volmacht niet van onbepaalde duur mag zijn. Anderen²⁶ menen dat de duur vrij mag worden bepaald en dat de volmacht zelfs van onbepaalde duur mag zijn voor zover het maar niet gaat over een on-

²³ E. CALLENS, “Aanwending van de zorgvolmacht in de context van (patrimonium)vennootschappen: meer zorgen dan macht”, *TEP* 2018, 234, nr. 12; H. DE WULF, *Taak en loyauteitsplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 299 en 308; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, 511.

²⁴ F. HELLEMANS, *De algemene vergadering. Een onderzoek naar haar grondslagen, haar bestaansredenen en de geldigheid van haar besluiten*, Kalmthout, Biblio, 2001, 126, nr. 98 en 482, nr. 438.

²⁵ E. CALLENS, “Aanwending van de zorgvolmacht in de context van (patrimonium)vennootschappen: meer zorgen dan macht”, *TEP* 2018, 236, nr. 14.

²⁶ C. CLOTTENS, “Hoe stemkracht en economische inbreng ontkoppelen in de NV ?” in J. VANANROYE, J.-J. ACKAERT en VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP BIJ DE BALIE TE BRUSSEL (eds.), *Proactief ondernemingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 240, nr. 55.

herroepelijke volmacht van onbepaalde duur. Vraag is of men bij de toepassing van de lastgeving als buitengerechtelijke bescherming in deze context niet een ruime interpretatie mag verdedigen en stellen dat dergelijke lastgeving die voor onbepaalde duur en dus tot het einde van het leven van de lastgever zal gelden, maar steeds herroepbaar is door deze zelfde lastgever, ook voor de uitoefening van zijn bevoegdheden als aandeelhouder op de algemene vergadering van een naamloze vennootschap moet kunnen worden aangewend.

Dit alles geldt dan weer niet voor de genoteerde naamloze vennootschap waar het handelen bij volmacht bijzonder strikt geregeld is in artikel 7:129 WVV en een algemene lastgeving niet kan worden aanvaard binnen dit strikte kader²⁷.

Evenwel vloeien uit de vennootschapswetgeving zelf nog enkele beperkingen voort. Meer bepaald legt artikel 5:12, *in fine* WVV op dat in volmachten die aangewend worden bij de oprichtingsakte van een besloten vennootschap, de vermeldingen die door artikel 2:8, § 2, 1^o, 2^o, 3^o en 12^o WVV voorgeschreven worden, moeten worden opgenomen. Een analoge formele vereiste is terug te vinden in artikel 6:13, *in fine* WVV voor de coöperatieve vennootschap. Het betreft de rechtsvorm van de vennootschap, haar naam, de aanduiding van het gewest waarin de zetel van de vennootschap gevestigd is, de nauwkeurige aanduiding van het adres van de zetel van de vennootschap, en in voorkomend geval het e-mailadres en de website van de vennootschap, de duur van vennootschap, evenals de omschrijving van het voorwerp. Deze vermeldingen worden krachtens artikel 7:14, *in fine* WVV ook vereist in de volmacht bij de oprichting van een naamloze vennootschap, waarbij bijkomend ook het bedrag van het kapitaal en van het toegestaan kapitaal moet vermeld zijn. Aangenomen wordt dat dit ook geldt voor de volmachten die aangewend worden bij een akte tot wijziging van de statuten. Dit brengt met zich mee dat een besloten, coöperatieve of naamloze vennootschap oprichten of haar statuten op de gezegde punten wijzigen nadat de lastgever wilsongeschikt geworden is, niet zal kunnen worden gerealiseerd via een algemene volmacht als buitengerechtelijke bescherming. Het valt te betreuren dat bij de laatste hervorming van het vennootschapsrecht in 2019 dit aspect van het optreden bij volmacht niet meer aandacht van de wetgever kreeg, in tegenstelling tot wat bij het appartementsrecht het geval was.

Het komt me ten zeerste wenselijk voor dat dit contrast tussen de aanwending van een volmacht in het vennootschapsrecht waar de voormelde bijzondere regels mogelijke beperkingen impliceren, en de regeling in het appartementsrecht waar krachtens artikel 3.87, § 7, derde lid oud BW een algemene of specifieke volmacht voor een onbeperkt aantal algemene vergaderingen van de vereniging van mede-eigenaars kan worden aangewend, voor zover deze volmacht in een authentieke akte werd verleend, door een wetgevend ingrijpen zou verdwijnen²⁸.

²⁷ A. GORIS, “De wet aandeelhoudersrechten: een praktische benadering”, *TRV* 2012, 96, nr. 48.

²⁸ I. DURANT, “L’assemblée générale new look” in *La copropriété par appartements: la réforme de 2010*, Brugge, die Keure, 2010, 124, nr. 31; A. WYLLEMAN en J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die

Aan de vooravond van de hervorming van ons Burgerlijk Wetboek wat de bijzondere contracten betreft, en dus ook de lastgeving, kan het Comité voor Studie en Wetgeving dat zoveel materies overziet en zoveel expertise in huis heeft, daarbij ook een belangrijke rol spelen. Van een honderdjarige “super-ager” als dit Comité toch is, mag ongetwijfeld worden verwacht dat het zich zal blijven inzetten om ons recht transparanter, consequenter en op die wijze minder complex te maken.

Op

Voor mij, Z, notaris met standplaats te A ...,

ZIJN VERSCHENEN:

De heer X, ..., en zijn echtgenote mevrouw Y, ...

Hierna genoemd “de lastgevers”.

De lastgevers verklaren dat voor geen van hen op heden door de vrederechter een rechterlijke beschermingsmaatregel als bedoeld in artikel 492/1 van het Burgerlijk Wetboek in aanvraag of getroffen is.

De partijen verklaren overeengekomen te zijn wat volgt:

In eerste lijn

Elke echtgenoot verklaart hierbij de andere echtgenoot als zijn lasthebber aan te stellen met de bedoeling daarmee een **buitengerechtelijke bescherming** voor zichzelf te regelen zoals hierna verder beschreven.

Elke comparant verzoekt ondergetekende notaris in aansluiting op de ondertekening van deze akte binnen de wettelijke termijn over te gaan tot de registratie van deze lastgeving in het daartoe bestemd Centraal Register.

Draagwijdte van de lastgeving

Elke echtgenoot geeft hierbij volmacht aan de andere echtgenoot om voor hem en in zijn naam alle mogelijke rechtshandelingen te stellen, daarmee ook bedoeld alle daden van beschikking van welke aard ook en alle proceshandelingen die zich zouden opdringen, en dit met betrekking tot alle aspecten van zijn volledig vermogen, ook de gezinswoning. Elke echtgenoot zal als lasthebber tevens de bevoegdheid hebben om voor de lastgever en in zijn naam te beslissen over zijn zorg en verblijf, evenals over alle beslissingen in het kader van zijn rechten als medisch patiënt waarover de lastgever niet anders uitdrukkelijk beslist heeft. In uitvoering van deze algemene en uitdrukkelijke lastgeving zal de lasthebber de bevoegdheid hebben om voor de lastgever en in zijn naam alle overeenkomsten, akten, notulen, processen-verbaal en andere documenten en stukken van welke aard ook te doen opmaken, te verlijden en te tekenen, alle vergaderingen bij te wonen en stemrechten uit te oefenen, en in het algemeen al het nodige te doen wat zich opdringt. Dit alles zonder dat een onjuiste of onvolledige omschrijving van de bevoegdheden aan de lasthebber kan worden tegengeworpen vermits deze volmacht algemeen is en het niet de bedoeling is enige bevoegdheid uit te sluiten. De partijen verklaren ervan op de hoogte te zijn dat deze

Keure, 2021, 89.

algemene volmacht aan de lasthebber niet de bevoegdheid verleent om schenkingen te verrichten namens de lastgever, behoudens indien de lastgever daartoe uitdrukkelijk verder in deze akte beslist heeft.

Elke lasthebber zal zijn taak te goeder trouw en naar best vermogen vervullen. Voor het verrichten van specifieke handelingen heeft elke lasthebber het recht van indeplaatsstelling en kan hij dus een derde naar zijn keuze in de plaats stellen om te handelen namens de lastgever, onverminderd zijn persoonlijke verantwoordelijkheid bij deze indeplaatsstelling.

Inwerkingtreding

De partijen verklaren overeengekomen te zijn dat deze lastgeving naar **derden en notarissen** toe uitwerking heeft, en dit op de loutere voorlegging van een afschrift van deze akte en van het bewijs van de registratie in het Centraal Register. Derden en notarissen kunnen derhalve van de lasthebber niet de overlegging van een medisch attest eisen.

Behoudens andersluidend akkoord **tussen de partijen** zal deze lastgeving tussen hen evenwel eerst uitgevoerd worden nadat de lastgever zich bevindt in een fysieke en/of mentale toestand die het de lastgever niet mogelijk maakt zelf de rechtshandeling te stellen. De lastgever geeft hierbij reeds uitdrukkelijk toelating aan de lasthebber om zich *desgewenst* daaromtrent tot de arts die op dat ogenblik als behandelende arts van de lastgever fungeert, te wenden om aan de lasthebber een medisch attest over de toestand van de lastgever te laten afleveren. Voor zoveel als nodig geeft de lastgever daartoe uitdrukkelijk toelating aan de bedoelde arts.

Deze bijzondere afspraak tussen de partijen zullen de partijen uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van de lasthebber naleven, zonder dat derden en notarissen dienen na te gaan of zij hun onderlinge afspraak wel hebben nageleefd. De lasthebber verklaart te weten dat iedere belanghebbende zich omtrent de uitvoering van de lastgeving tot de vrederechter kan wenden.

In tweede lijn

Indien elke of de langstlevende lastgever zich in een fysieke en/of mentale toestand bevindt die het elke of de langstlevende lastgever niet mogelijk maakt zelf de rechtshandeling te stellen, dan wil elke lastgever dat hun kinderen: A, B, en C ... als hun opvolgende lasthebbers zullen fungeren, met dezelfde bevoegdheden als hierboven beschreven.

De aanvaarding door de opvolgende lasthebbers van deze opdracht zal dan blijken uit de vrijwillige uitvoering ervan.

Wijze van optreden

De opvolgende lasthebbers zullen het recht hebben om elk **afzonderlijk** op te treden, behoudens in de hierna bepaalde uitzonderingen. Ze zullen elkaar op de hoogte dienen te houden van de verrichtingen in het kader van deze lastgeving. Ze zullen op regelmatige tijdstippen en zolang als mogelijk in het licht van hun mentale gezondheidstoestand met de lastgevers overleg plegen en hen informeren.

Ofwel: In afwijking van het principe van afzonderlijk optreden zullen de voormelde opvolgende lasthebbers voor alle rechtshandelingen waarvoor een be-

windvoerder de machtiging van de vrederechter behoeft, **gezamenlijk** dienen op te treden, behalve voor afhalingen en overschrijvingen van gelden geplaatst op een rekening van de lastgever.

Ofwel: In afwijking van het principe van afzonderlijk optreden zullen de voormelde opvolgende lasthebbers **gezamenlijk** dienen op te treden voor de volgende rechtshandelingen:

- alle rechtshandelingen met betrekking tot een som of een waarde die meer bedraagt dan euro,
- alle rechtshandelingen waarvoor een bewindvoerder de machtiging van de vrederechter behoeft, behalve voor afhalingen en overschrijvingen van gelden geplaatst op een rekening van de lastgever voor een bedrag dat gelijk is aan of minder bedraagt dan euro.

Behoudens tot de terugbetaling van voorgeschoten kosten kan een opvolgende lasthebber evenwel geen overschrijvingen van een rekening van de lastgever naar zijn eigen rekening verrichten.

Dit gezamenlijk optreden zal niet langer gelden indien er door de beëindiging van de lastgeving in hoofde van twee van de opvolgende lasthebbers nog slechts een van hen als opvolgende lasthebber overblijft.

De opvolgende lasthebbers zullen hun taak te goeder trouw en naar best vermogen vervullen. Voor het verrichten van specifieke handelingen kunnen ze een derde naar hun keuze in de plaats stellen om te handelen namens de lastgever, onverminderd hun persoonlijke verantwoordelijkheid bij deze indeplaatsstelling.

In geval van *tegenstrijdigheid van belang* tussen één van hen en de lastgever zal/zullen de andere opvolgende lasthebber(s) alleen optreden. Indien nog slechts één opvolgende lasthebber overblijft, zal in geval van tegenstrijdigheid van belang een meerderjarig kleinkind van de lastgevers als lasthebber *ad hoc* optreden. Voor zover als mogelijk is dit dan bij voorkeur een kind van de voormalige opvolgende lasthebbers, en enkel bij ontstentenis daarvan een kind van de overblijvende opvolgende lasthebber.

Indien een opvolgende lasthebber overleden is, zal/zullen de overige opvolgende lasthebber(s) ook regelmatig en minstens één keer per half jaar het kind of de kinderen van de voormalige opvolgende lasthebber(s) op de hoogte houden van de verrichtingen in het kader van deze lastgeving.

Deze lastgeving zal kosteloos uitgevoerd worden, maar de opvolgende lasthebbers zullen wel vergoed worden voor de kosten die ze gemaakt hebben bij de uitvoering van hun taak. Deze kosten zal de betrokkene na kennisgeving aan de overige opvolgende lasthebber(s) rechtstreeks kunnen terugbetalen uit het vermogen van de lastgever, eens deze daartoe zelf niet meer de opdracht kan geven.

Inwerkingtreding

De lastgevers verklaren dat het hun wil is dat ook deze lastgeving naar derden en notarissen toe onmiddellijke uitwerking heeft, en dit op de enkele voorlegging van een afschrift van deze akte en van het bewijs van de registratie in het Centraal Register. Derden en notarissen kunnen derhalve van de opvolgende lasthebbers niet de overlegging van een medisch attest eisen.

Behoudens andersluidend akkoord tussen de partijen zal deze lastgeving door de opvolgende lasthebbers evenwel eerst uitgevoerd worden nadat elke lastgever zich bevindt in een fysieke en/of mentale toestand die het de lastgever niet mogelijk maakt zelf de rechtshandeling te stellen, behoudens andersluidende uitdrukkelijke en schriftelijke opdracht tussen een van de lastgevers en de opvolgende lasthebbers. Elke lastgever geeft hierbij reeds uitdrukkelijk toelating aan de opvolgende lasthebbers om zich *desgewenst* daaromtrent tot de arts die op dat ogenblik als behandelende arts van de desbetreffende lastgever fungeert, te wenden om hun een medisch attest over de toestand van deze lastgever te laten afleveren. Voor zoveel als nodig geeft de lastgever daartoe uitdrukkelijk toelating aan de bedoelde arts.

Deze bijzondere afspraak zullen de partijen uitsluitend onder de verantwoordelijkheid van de opvolgende lasthebbers naleven, zonder dat derden en notarissen dienen na te gaan of de onderlinge afspraak wel werd nageleefd.

Bijzondere volmacht tot schenken

Voor het verrichten van schenkingen en andere rechtshandelingen om niet geven de lastgevers elkaar uitdrukkelijk en wederzijds de bijzondere bevoegdheid om – wanneer **één van de lastgevers** in de toestand verkeert waarin deze volmacht uitwerking moet krijgen, zoals hierboven beschreven – in naam van die lastgever over te gaan tot schenking van gemeenschappelijke en/of eigen goederen aan de afstammelingen van de lastgevers op de wijze, in de mate en onder de voorwaarden en bedingen die de lasthebber gepast zal vinden.

Elke lastgever geeft hier tevens de bijzondere volmacht aan elk van de opvolgende lasthebbers met het recht om elk afzonderlijk op te treden om – wanneer **één van de lastgevers** in de toestand verkeert waarin deze volmacht uitwerking moet krijgen, zoals hierboven beschreven – in naam van deze wilsongeschikte lastgever over te gaan tot schenking van eigen goederen van de wilsongeschikte lastgever aan de andere lastgever op de wijze, in de mate en onder de voorwaarden en bedingen die de andere lastgever gepast zal vinden.

Elke lastgever geeft hier tevens de bijzondere volmacht aan elk van de opvolgende lasthebbers om – wanneer **beide of de langstlevende van de lastgevers** in de toestand verkeren/verkeert waarin deze volmacht uitwerking moet krijgen, zoals hierboven beschreven – in naam van de lastgever en afzonderlijk optredend over te gaan tot schenking aan de andere van de opvolgende lasthebbers van de goederen van de lastgever op de wijze, in de mate en met de modaliteiten die de opvolgende lasthebbers geschikt zullen achten. De schenking zal evenwel derwijze moeten gebeuren dat aan elk van de kinderen van de lastgever een gelijke waarde toekomt, en indien een kind vooroverleden zou zijn, aan de kinderen van de vooroverledene in de plaats per staak. Indien er nog slechts één van de opvolgende lasthebbers zou overgebleven zijn, machtigt elke lastgever een meerderjarig kleinkind van de lastgevers om in hun naam als bijzondere lasthebber *ad hoc* deze schenking te verrichten aan de enige overblijvende opvolgende lasthebber wat zijn of haar deel betreft. De opvolgende lasthebbers, of desgevallend hun kinderen, zullen dus de plicht hebben om de gelijkheid per staak bij deze schenkingen te respecteren en zullen de macht hebben om desgewenst de

kosten en belastingen die verschuldigd zijn naar aanleiding van deze schenking, uit het vermogen van de schenker te betalen met de bedoeling te beletten dat het voordeel van de begiftigden verminderd wordt door de kosten van de bedoelde akte. Hoe dan ook zullen de opvolgende lasthebbers er onder hun verantwoordelijkheid over waken dat na de verrichte schenking(en) er voldoende middelen tot een behoorlijke verzorging en levensonderhoud in de meest ruime zin in hoofde van de lastgever(s) overblijven.

Aan elke opvolgende lasthebber die daartoe afzonderlijk kan handelen, verleent elke lastgever evenzeer de bevoegdheid om – wanneer **beide of de langstlevende van de lastgevers** in de toestand verkeren/verkeert waarin deze volmacht uitwerking moet krijgen, zoals hierboven beschreven – goederen die geheel of voor een onverdeeld deel geschonken zijn en krachtens een wettelijke terugkeer of krachtens een beding van conventionele terugkeer terug in het vermogen van de lastgever gekomen zijn, namens de lastgever te schenken aan de kinderen van de vooroverleden begiftigde, elk voor een gelijk deel.

Deze bijzondere lastgeving zal op dezelfde wijze naar derden en notarissen toe evenals tussen de partijen uitwerking krijgen als de algemene lastgeving als buitengerechtelijke bescherming zoals hierboven beschreven.

Elke lastgever geeft hierbij reeds uitdrukkelijk toelating aan elk van de bijzondere lasthebbers en aan de bijzondere lasthebbers *ad hoc* om zich *desgewenst* daaromtrent tot de arts die op dat ogenblik als behandelende arts van de desbetreffende lastgever fungeert, te wenden om hem/haar een attest over het wilsvermogen van deze lastgever te laten afleveren. Voor zoveel als nodig geeft elke lastgever daartoe uitdrukkelijk toelating aan de bedoelde arts.

Beëindiging

Elke partij verklaart er zich toe te verbinden de andere partij en een notaris op de hoogte te stellen van een beslissing tot beëindiging van deze lastgevingsovereenkomst. In voorkomend geval en voor zover deze lastgeving als buitengerechtelijke bescherming daardoor volkomen wordt beëindigd, zal deze beslissing door toedoen van de notaris worden geregistreerd in het Centraal Register van Lastgevingen.

INHOUDSTAFEL | TABLE DES MATIÈRES

Katrin ROGGEMAN – Voorwoord Préface	V
Philippe DE JONGHE – Voorwoord Préface	XIII
Aloïs VAN DEN BOSSCHE – Voorwoord <i>De moestuin leeft. Bedenkingen bij de honderste verjaardag van het Comité voor Studie en Wetgeving</i>	XVII
Pierre-Yves ERNEUX – Préface <i>Le Comité d'Études et de Législation à l'ère de la société de transition. To be or not to be?</i>	XXI
Fred STEVENS – Het Comité voor Studie en Wetgeving. Een eeuw dienstverlening aan het notariaat en aan het recht	1
Hélène CASMAN en Alain-Laurent VERBEKE – De probleemoplossende houding van het Comité voor Studie en Wetgeving ten dienste van juridische actoren en de samenleving. Anthologie van honderd jaar Verslagen en Debatten	33
Jan BAEL – De codificatie van het familiaal vermogensrecht en het verbod van erfovereenkomsten	79
Laurent BARNICH – La modification du droit applicable au régime matrimonial	103
Etienne BEGUIN – Bail à ferme : Le congé pour vendre, une innovation intéressante du décret wallon du 2 mai 2019	115
Frank BUYSENS – Scheiding van goederen: een middel tot fiscale onrechtvaardigheid?	125
Dirk COVELIERS – Vermogensplanning voor een kind met een mentale beperking via een “inbreng om niet” in een Belgische private stichting	135
Charlotte DECLERCK – Over Roald Dahl en morele rechten <i>post mortem auctoris</i>	147
Jozef DECUYPER – Huwen onder het stelsel van gemeenschap van goederen wordt fiscaal afgestraft in de erfbelasting	157
Hans DE DECKER – De minderjarige (of andere beschermde personen) en het gebruik van de wederzijdse verkoop-/aankoopbelofte	167
	561

Pieter-Jan DE DECKER – Arrest van het Hof van Cassatie van 24 april 1976 anno 2023: hoe lastig zijn de lasten van het huwelijk?	177
Jan DE MEY – De “Nieuwen Nederlandschen Notaris Dictionnaris” van notaris Jan-Baptist Meersseman te Ieper (1830). Een ontdekking	189
Philippe DE PAGE – Les avantages matrimoniaux en séparation de biens. Propositions de clauses commentées	203
Pierre-Yves ERNEUX et Arianne SALVÉ – Le pouvoir de disposition fonctionnel de l’usufruitier à l’aune du livre 3 du Code civil et de la pratique. Clause commentée	217
Nicolas GEELHAND DE MERXEM – De toepassing van strengere standpunten van Vlabel inzake fictiebepalingen in de tijd	233
Annick GHYSENS – Fictiebepalingen in de erfbelating. Temporeel toepassingsgebied en relatie tot de algemene antimisbruikbepaling (noot bij Cassatie 16 september 2021)	245
Jean GOEMAERE – Erreur de droit dans un acte authentique et faux en écritures publiques	253
Francis HAUMONT – L’apparante infraction urbanistique de l’immeuble à vendre en droit wallon	261
Géraldine HOLLANDERS DE OUDERAEN – Le traitement successoral de la donation de biens communs : (points d’) attention !	271
Frédéric LALIÈRE – Délivrer un acte d’hérédité avant l’exercice de l’option héréditaire ? Réflexions – propositions de clauses	289
Jean-Luc LEDOUX – Notariat & actuariat	303
Dirk MICHIELS – De openbare verkoop. Cassatie volgt het CSW en baant de weg voor Biddit	309
André MICHIELSENS – Het genootschap: een instelling zonder invloed?	321
Sven MOSSELMANS – Aanzuigeffect van de gerechtelijke vereffening-verdeling	327
Fabrice MOURLON BEERNAERT – Les sociétés et les associations de notaires. Questions particulières et libres propos	335
François ONCLIN et Xavier ULRICI – Apport sous condition résolutoire : Enseignements civils et fiscaux de l’arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2021 et de la réforme du Livre 5 du Code civil	349

Dominique PIGNOLET – Aan wie komt, in het wettelijk huwelijksvermogensstelsel, de meerwaarde toe, die gegenereerd is door arbeidsinspanningen die geleverd zijn door één van de echtgenoten. Reflectie bij het arrest van het Hof van Cassatie van 9 september 2021	365
Eric SPRUYT – Naar een model van (notarieel) contract van aanwas voor roerend vermogen	377
Fabienne TAINMONT – La donation résiduelle. Quelques points d’attention	391
Jean-François TAYMANS – Taux d’intérêt usuraire, violation de l’ordre public et refus de prestation de ministère	411
Karel VANBEYLEN – Ontervende erfregeling en aanverwante constructies	421
Jean-Louis VAN BOXSTAEL – Le notaire et les actes de droit international uniforme	439
Bart VAN DEN BERGH – Stukken maken de man	453
Aloïs VAN DEN BOSSCHE – Getuigen	463
Pierre VAN DEN EYNDE – Le rôle social découlant des devoirs d’information et de conseil du notaire	477
Stijn VERBIST – (G)een wandeling in het park. Over Vlaamse parken en algemene landschapszorg	491
Benjamin VERHEYE – <i>Fides publica</i> en de notaris. De actieve rol van de notaris na het arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021	511
Johan VERSTRAETE – Enkele kritische bedenkingen omtrent de inbrenregeling van schenkingen	525
Luc WEYTS – De hoopvolle toekomst van het notariaat na de 4.0 digitale revolutie als gespreksthema binnen de U.I.N.L. aan de universiteit van het notariaat	539
Annelies WYLLEMAN – Vertegenwoordiging: een interessante uitdaging voor de notaris	547
Inhoudstafel Table des matières	561
Ledenlijst van het CSW 2023 Liste des membres du CEL 2023	565

LEDENLIJST VAN HET CSW 2023 | LISTE DES MEMBRES DU CEL 2023

*Voorzitter van de Nederlandstalige Kamer
Président de la Chambre néerlandaise*

*sinds januari 2023
depuis janvier 2023*

M^r **A. VAN DEN BOSSCHE**, Erenotaris, Erevoorzitter van het CSW, Ere-plaatsvervangend raadsheer aan het Hof van Beroep van Antwerpen, Erevoorzitter van de Nederlandse Kamer van het CSW, Gewezen Voorzitter van de Verenigde Benoemingscommissies voor het Notariaat

*Président de la Chambre française
Voorzitter van de Franse Kamer*

*sinds januari 2019
depuis janvier 2019*

M^c **P.-Y. ERNEUX**, Notaire à Namur, *Collaborateur scientifique à l'ULiège*

*Vice-Président de la Chambre française
Ondervoorzitter van de Franse Kamer*

*depuis janvier 2019
sinds januari 2019*

M^c **J. GOEMAERE**, Avocat honoraire au barreau de Bruxelles

*Membre de droit
Lid van rechtswege*

M^r **PH. DE JONGHE**, Notaris te Oostende, Voorzitter van de Nationale Kamer van notarissen

M^r **K. ROGGEMAN**, Notaris te Brussel, Voorzitter van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat

Membres
Leden

Prof. dr. **E. ALOFS**, Docent en Directeur van de opleiding Notariaat aan de Vrije Universiteit Brussel, Vicevoorzitter Vlaamse Juristenvereniging
Prof. dr. **J. BAEL**, Erenotaris, Hoogleraar aan de Universiteit Gent
M^r **R. BARBAIX**, Hoogleraar Universiteit Antwerpen, Advocaat aan de balie Provincie Antwerpen
M^e **L. BARNICH**, Notaire à Ath, Vice-Président honoraire de la Chambre française du CEL, Professeur à l'ULB
M^e **E. BEGUIN**, Notaire à Beauraing, Président honoraire de la Chambre française du CEL, Maître de conférences invité à l'UCL
M^r **F. BUYSSENS**, Notaris te Zwijndrecht, Docent aan de Katholieke Universiteit Leuven, Co-directeur Leuvens Centrum voor Notariaat
Prof. dr. **N. CARETTE**, Advocaat-vennoot aan de balie van Brussel (Equator Advocaten), Hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen
M^e **B. CARTUYVELS**, Notaire à Braives, Président honoraire de la Chambre française du CEL
M^r **H. CASMAN**, Erenotaris, Emerita Gewoon Hoogleraar aan de Vrije Universiteit Brussel en aan de Université Libre de Bruxelles, Gewezen Professor UGent, Wetenschappelijk adviseur Deloitte Private Clients Team
M^e **A. CRUYSMANS**, Notaire à Auderghem, Mediateur agréé en matière familiale
M^r **E. DE BIE**, Notaris te Antwerpen, Gastdocent aan de Katholieke Universiteit Leuven
M^e **C. DE BOE**, Avocate au Barreau de Bruxelles
Prof. dr. **C. DECLERCK**, Hoogleraar Familie- en Familiaal Vermogensrecht Universiteit Hasselt
M^r **H. DE DECKER**, Notaris te Brasschaat, Gastdocent VUB
M^r **P.-J. DE DECKER**, Notaris te Brasschaat, Gastdocent VUB
M^e **G. DE FOY**, Avocat au barreau de Bruxelles et Maître de conférences invité à l'UCLouvain
M^e **Ph. DE PAGE**, Avocat honoraire au barreau de Bruxelles, Professeur honoraire à l'Université Libre de Bruxelles
M^e **J. FONTEYN**, Notaire à Seneffe
M^e **F. GEORGE**, Avocate, Chargée de cours à l'UNamur
Mevr. **A. GHYSENS**, Ere-Adviseur Vlaamse Belastingdienst
M^e **G. HOLLANDERS DE OUDERAEN**, Avocate au barreau de Bruxelles
Mme **C. JOISTEN**, Référéndaire près la Cour de cassation
M^e **F. LALIÈRE**, Avocat au barreau de Bruxelles, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles
M^e **J.-L. LEDOUX**, Notaire honoraire, Actuaire, Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain, Juge de paix suppléant honoraire, Codirecteur de la *Revue du notariat belge*
M^e **Y.-H. LELEU**, Professeur à l'Université de Liège, Chargé de cours à l'Université Libre de Bruxelles, Avocat au barreau de Bruxelles

M^e **E. LILIEN**, Notaire à Eupen
M^r **D. MICHELS**, Notaris te Aarschot, Gastdocent aan de Katholieke Universiteit Leuven
M^r **A. MICHELSSENS**, Erenotaris, Erevoorzitter van de Nationale Kamer van Notarissen, Eredirecteur opleiding Notariaat VUB, Voormalig Ombudsman voor het Notariaat
Dhr. **MOSELMAANS**, Raadsheer Hof van Cassatie
M^e **F. MOURLON BEERNAERT**, Avocat à Bruxelles, Juge suppléant au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, Assistant à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles
M^e **F. ONCLIN**, Notaire à Visé
M **M. PETIT**, Conseiller à la Cellule fiscale wallonne, Collaborateur scientifique à l'ULiège
M^r **D. PIGNOLET**, Advocaat aan de balie van Leuven, vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de KU Leuven
M^e **G. RASSON**, Notaire à Liège, Chargé de cours à l'Université de Liège
M^e **G. RAUCQ**, Notaire honoraire
M^e **L. ROUSSEAU**, Notaire à Bruxelles, Président honoraire de la Fédération Royale du Notariat Belge, Maître de conférences à l'UCLouvain
M^r **V. SAGAERT**, Advocaat, Gewoon hoogleraar KU Leuven
M^e **A. SALVÉ**, Maître de conférences à l'ULiège
M^e **J. SAUVAGE**, Avocat au Barreau de Bruxelles, Assistant et doctorant à l'ULB
M^e **F. TAINMONT**, Maître de conférences à l'UCLouvain et à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Avocate au barreau de Bruxelles
M^e **X. ULRICI**, Notaire à Visé
M^r **K. VANBEYLEN**, Notaris te Wingene
M^e **J.-L. VAN BOXSTAEL**, Notaire à Bruxelles, Chargé de cours à l'Université Catholique de Louvain
Dhr. **B. VAN DEN BERGH**, Raadsheer Hof van Beroep te Antwerpen, Vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan de Universiteit Hasselt
M^e **P. VAN DEN EYNDE**, Notaire honoraire, Président honoraire de la Chambre nationale des notaires, Président honoraire du Comité d'Études et de Législation, Professeur honoraire à l'Université Catholique de Louvain
M^e **J-F VAN DROOGHENBROECK**, Professeur Ordinaire, Professeur invité aux Universités Paris II et Saint-Louis – Bruxelles et Avocat
M^e **A.-C. VAN GYSEL**, Avocat au barreau de Bruxelles, Professeur à l'Université Libre de Bruxelles
M^e **M. VAN MOLLE**, Notaire à Ittre, Maître de conférences à l'ULB, Chargé de cours à l'ULiège
M^r **E. VAN SOEST**, Notaris te Hasselt
M^r **A. L. VERBEKE**, Gewoon Hoogleraar KU Leuven, Programmadirecteur Manama Notariaat - codirecteur Leuven Centrum voor Notariaat, Directeur Rector Dillemans Instituut Familiaal Vermogensrecht en Instituut Contractenrecht, Gewoon Hoogleraar privaatrecht & rechtsvergelijking Tilburg University, Permanent Visit-

ing Professor of Law Harvard Law School, Professor of Law & Negotiation UCP
Lisbon Global School of Law, Advocaat-vennoot aan de balie van Brussel
Mr **S. VERBIST**, Advocaat aan de balie van Provincie Limburg
Mr **B. VERHEYE**, Doctor in de rechten, Postdoctoraal onderzoeker Instituut
Goederenrecht KU Leuven
M^e **R. WAUTERS**, Notaire à Hannut
M^e **L. WEYTS**, Erenotaris, Erevoorzitter van het Comité voor Studie en Wetgeving,
Emeritus Hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Leuven

Membres correspondants
Corresponderende leden

Dhr. **D. COVELIERS**, Advocaat-vennoot aan de balie Provincie Antwerpen, Gastdocent
Fiscale Hogeschool Brussel.
M^e **M. DE CLERCQ**, Notaris te Kemzeke.
M^e **N. GEELHAND DE MERXEM**, Advocaat aan de balie Provincie Antwerpen, Emere-
ritus Docent Universiteit Antwerpen.
M^e **F. HAUMONT**, Avocat aux barreaux de Nice et de Bruxelles, Professeur extraor-
dinaire émérite de l'Université Catholique de Louvain.
M^e **E. SPRUYT**, Erenotaris, Gastdocent aan de Katholieke Universiteit Leuven, cam-
pus Leuven en Brussel, Docent Fiscale Hogeschool.
Prof. Dr. **F. SWENNEN**, Advocaat aan de balie van Antwerpen, Gewoon Hoogleraar
Universiteit Antwerpen.
M^e **J.-F. TAYMANS**, Notaire honoraire, Professeur honoraire de l'Université Catho-
lique de Louvain, Président honoraire de la Chambre française du CEL.
M^e **A. WYLLEMAN**, Notaris te Sleidinge, Gewoon Hoogleraar aan de Universiteit
Gent.

Membres honoraires
Ereleden

Prof. dr. **M. COENE**, Emeritus Hoogleraar UA.
Dhr. **J. DECUYPER**, Erehypotheekbewaarder, Gewezen Directeur-generaal aan het
Ministerie van Financiën.
M^e **C. DE WULF**, Erenotaris, Erevoorzitter van het Comité voor Studie en Wetge-
ving, Emeritus Hoogleraar van de Universiteit Gent.
M^e **J. VERSTRAETE**, Erenotaris, Erevoorzitter van de Nederlandse Kamer van het
CSW, Emeritus Hoogleraar KU Leuven.

Secrétariat
Secretariaat

M^e **C. PONCELET**, Notaire à Rebecq, Mediateur agréée en matière familiale, rapporteur aux assurances du notariat et assistante chargée d'exercices (les successions) à l'ULB.

Dhr. **K. GEURS**, Notarieel jurist op het kantoor van de geassocieerde notarissen Brigitte Vermeersch en Maniola Spitaels te Horebeke.

Collaborateurs
Medewerkers

Mevr. **S. ARNOEYTS**, c/o FEDNOT.

Mevr. **C. DETAILLE**, c/o FEDNOT.

Dhr. **G. PEETERS**, c/o FEDNOT.

Mevr. **A. VANBIERVLIET**, c/o FEDNOT.

