

**FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID
UNIVERSITEIT GENT**

ACADEMIEJAAR 2009 - 20010

**DE SCHENKING EN HET TESTAMENT VAN DE
PERSOON ONDER VOORLOPIG BEWIND. DE LEGE
LATA EN DE LEGE FERENDA.**

Masterproef van de opleiding
“Master in het Notariaat”

Ingediend door

Annelies De Bruycker

Stamnummer: 20041405
Master in het Notariaat

PROMOTOR:
Prof. Jan Bael

Commissaris:
Prof. Nicolas Geelhand de Merxem

Dankwoord

Dit werk kon slechts tot stand komen dankzij de steun en hulp van vele mensen. Bijzondere dank gaat uit naar mijn promotor Professor Jan Bael, voor het aanreiken van het onderwerp, en naar Herlinde Baert voor het verstrekken van onontbeerlijke informatie en het kritisch evalueren van de tekst. Verder wil ik mijn vriend, vrienden, kennissen en vooral mijn ouders bedanken voor hun niet aflatende morele steun gedurende het voorbije jaar.

Inhoudstafel

Inleiding	1
Hoofdstuk 1: Het voorlopig bewind	3
A. Korte Historiek.....	3
B. Toepassingsgebied	5
C. Bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder	6
D. Wat nu met de beschikkingen om niet?	9
Hoofdstuk 2: De mogelijkheid tot het stellen van enkele rechtshandelingen om niet uit het familiaal vermogensrecht voor personen onder voorlopig bewind, de lege lata. ...	11
Afdeling 1: De schenking	11
§1. De periode vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003	11
§2. Het huidige recht: de persoon onder voorlopig bewind kan een schenking doen met machtiging van de vrederechter als hij gezond van geest is	13
I. Inleiding	13
II. Het begrip schenking	14
III. De machtigingsbeslissing	16
A. Het verzoek tot machtiging moet uitgaan van de beschermde persoon	16
B. De omstandige geneeskundige verklaring	17
C. De beoordeling door de vrederechter	20
1) De wilsgeschiktheid of de gezondheid van geest.....	20
2) Het vermogen en de inkomsten van de beschermde persoon	24
3) De inhoud van de schenkingsakte	25
4) Het ogenblik van beoordeling	27
D. Vereist bij alle personen die onder voorlopig bewind zijn geplaatst?	27
IV. De schenking als dusdanig.....	28
A. De schenking kan enkel worden gedaan door de beschermde persoon	28
B. De beoordeling door de notaris.....	30
C. Vorm van de schenking	31

V.	Termijn tussen de machtiging en de schenking	32
VI.	Latere wijzigingen aan de schenking	32
VII.	Sancties	34
Afdeling 2: Het testament.....		35
§1. De periode vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003		35
§2. Het huidige recht: een persoon onder voorlopig bewind kan een testament of een andere uiterste wilsbeschikking opmaken met machtiging van de vrederechter indien hij gezond van geest is		38
I.	Inleiding	38
II.	Het begrip uiterste wilsbeschikking	38
III.	De machtigingsbeslissing	42
A.	Het verzoek tot machtiging moet uitgaan van de beschermde persoon	42
B.	De omstandige geneeskundige verklaring	43
C.	De beoordeling door de vrederechter	44
1)	De wilsgeschiktheid of de gezondheid van geest.....	45
2)	De inhoud van het testament	46
3)	Het ogenblik van beoordeling	49
D.	Vereist bij alle personen die onder voorlopig bewind zijn geplaatst?	49
E.	Geldigheidsduur	50
F.	Heeft de wetgever überhaupt het recht om een voorafgaande machtiging door de vrederechter op te leggen voor het opmaken van een testament door de beschermde persoon?.....	51
IV.	Het testament als dusdanig	53
A.	Het testament kan enkel door de beschermde persoon worden opgemaakt	53
B.	De beoordeling door de notaris.....	54
C.	Vorm van het testament.....	55
D.	Vermeldingen in het notarieel testament.....	56
E.	Volgorde machtiging en testament	56
V.	Sancties.....	57

Hoofdstuk 3: de mogelijkheid tot het stellen van enkele rechtshandelingen om niet uit het familiaal vermogensrecht voor personen onder voorlopig bewind, de lege ferenda	58
§1. <i>De (on)mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder om in naam van de beschermde persoon een schenking te doen of een testament op te maken</i>	58
A. De schenking	58
B. Het testament	61
§2. <i>De vaststelling dat de vrederechter het verlenen van een machtiging om te testen niet kan verbinden aan de voorwaarde dat het testament in notariële vorm moet worden opgemaakt</i>	62
§3. <i>Het verzoek tot het machtiging van machtiging dient, in het geval men een testament wil opmaken, niet vergezeld te gaan van een ontwerp van het testament</i>	64
Besluit	66
Bibliografie	67

Inleiding

1. Binnen onze samenleving geldt het vermoeden dat elkeen, door het enkele feit dat hij tot die samenleving behoort, volledig handelingsbekwaam is vanaf de leeftijd van achttien jaar, waardoor men kan deelnemen aan alle daden van het maatschappelijk leven. De mogelijkheid om subjectieve rechten te verwerven en uit te oefenen is dan ook een regel die geldt voor eenieder, voor zover hij door de wet niet onbekwaam is verklaard. Het vestigen van een dergelijke onbekwaamheid kan slechts geschieden op basis van een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wet, die elke uitbreiding ervan door vermoedens of toepassing naar analogie uitsluit¹.

2. Daaruit volgt dat de handelingen van personen die getroffen werden door enige psychische of mentale (of zelfs louter fysieke) aandoening, maar die nog niet onder één of andere wettelijke beschermingsregeling geplaatst werden, geacht worden geldig te zijn en geenszins aangevochten kunnen worden wegens de absentie van bekwaamheid².

3. Zo vergaat het ook de schenkingen en testamenten in het specifieke geval van het voorlopig bewind: is de wilsgeschiktheid van de betrokkene reeds aangetast, maar is men nog niet onder het statuut van het voorlopig bewind geplaatst, dan kunnen deze rechtshandelingen door de betrokkene geldig wordt gesteld. Werd aan de betrokken persoon evenwel een voorlopige bewindvoerder toegevoegd, dan zullen voornoemde rechtshandelingen enkel gesteld kunnen worden mits machtiging vanwege de vrederechter.

4. Het opzet van deze bijdrage bestaat er dan ook in aan de hand van een diepgaande literatuurstudie na te gaan of het voor personen onder voorlopig bewind mogelijk is om op één of andere manier schenkingen onder de levenden te doen of een testament of andere uiterste wilsbeschikking op te maken, en dit zowel onder de vroegere als onder de huidige wettelijke regeling. Van zodra ik hierop een antwoord heb weten te formuleren, is het mijn voornaamste betrachting een analyse weer te geven van de voornaamste problemen waarmee de beschermde personen naar aanleiding van een schenking of testament geconfronteerd kunnen worden; problemen die mogelijkerwijs om een wijziging of aanpassing van de betreffende wetgeving kunnen vragen.

5. Een uiteenzetting die handelt over alle aspecten inzake het voorlopig bewind zou mij te ver weg brengen van het essentiële, vandaar dat ik mij in een eerste hoofdstuk beperk tot enkele principes die mijn inziens belangrijk zijn om de rest van deze bijdrage in zijn geheel te

¹ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 1.

² T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 2.

kunnen plaatsen. Worden achtereenvolgens besproken: de totstandkoming van de wetgeving inzake voorlopig bewind, het toepassingsgebied van de wet van 3 mei 2003 en de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder.

6. Daarop volgt een uitvoerige bespreking van de (on)mogelijkheid voor personen onder voorlopige bewind om zowel onder de vroegere als onder de huidige regeling een schenking onder de levenden te doen of een testament op te maken. In welke omstandigheden en onder welke voorwaarden kan de beschermde persoon beschikken ten kosteloze titel? Kan de voorlopige bewindvoerder dit in de beschermde persoon zijn plaats doen, indien hij door de vrederechter wilsongeschikt bevonden is? Wat is een omstandige geneeskundige verklaring en waarvoor dient ze? Waar houdt de vrederechter rekening mee bij de beoordeling van de gezondheid van geest, en wat bedoelt de wetgever überhaupt met dat begrip? Het zijn slechts enkele van de vragen die in dit hoofdstuk aan bod komen.

7. In een derde en laatste hoofdstuk vestig ik ten slotte de aandacht op enkele knelpunten die naar aanleiding van het vorige hoofdstuk aan de oppervlakte zijn gekomen. Na een korte toelichting over de aard van het probleem, volgt ook iedere keer een mogelijke oplossing.

Hoofdstuk 1: Het voorlopig bewind

A. Korte historiek

8. Vóór de Wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren³ moest men zich trachten te behelpen met de verschillende regimes van onbekwaamheid die het Burgerlijk Wetboek destijds voorzag en die het bewind en het goederenbeheer van onbekwaam geachte personen moesten verzekeren.

Zo had men in de eerste plaats de onbekwaamverklaring⁴, waarbij een meerderjarige die zich in een aanhoudende staat van onnozelheid of krankzinnig bevindt, gerechtelijk onbekwaam kan worden verklaard, zelfs wanneer in diens staat heldere tussenpozen voorkomen. Wat het beheer van zijn goederen betreft, valt de onbekwaam verklaarde onder eenzelfde statuut als de niet-ontvoogde minderjarige, nu zij beiden onder toezicht van een voogd geplaatst worden. Anderzijds kon aan verkwisters en zwakzinnigen door de rechtbank van eerste aanleg een gerechtelijk raadsman worden toegevoegd⁵. De beschermde persoon kan dan zelf zijn vermogen beheren, maar moet zich voor tal van gewichtige rechtshandelingen zoals het voeren van rechtsgedingen, het aangaan van leningen e.d. laten bijstaan. Een derde mogelijkheid was het statuut van de verlengde minderjarigheid⁶, voor een persoon van wie gebleken is dat hij wegens ernstige geestelijke achterlijkheid ongeschikt is en schijnt te zullen blijven om zichzelf te leiden en zijn goederen te beheren. De verlengd minderjarig verklaarde wordt gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar, en blijft daardoor in de regel onder het ouderlijk gezag (of onder de voogdij) ressorteren. Behalve voornoemde beschermingsstatuten kon de echtgenoot, in zoverre er voldaan was aan de voorwaarden van de artikelen 215 of 220 van het Burgerlijk Wetboek zich door de rechtbank van eerste aanleg laten machtigen om zijn mede-echtgenoot te vertegenwoordigen als deze afwezig is, onbekwaam is verklaard of zich in de onmogelijkheid bevindt om zijn wil te kennen te geven. Tenslotte bestonden er diverse vrijheidsberovende maatregelen: wie wegens een misdaad of wanbedrijf veroordeeld werd en tijdens zijn hechtenis in een staat van krankzinnigheid of ernstige staat van geestesstoornis of zwakzinnigheid werd bevonden, die hem ongeschikt maakt tot het controleren van zijn

³ Wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *B.S.* 26 juli 1991.

⁴ Art. 489 - 512 B.W.

⁵ Art. 513 - 515 B.W.

⁶ Art. 487bis – 487octies B.W.

daden, kan geïnterneerd worden krachtens een beslissing van de Minister van Justitie⁷. Anderzijds kan de vrederechter bepaalde maatregelen, zoals de gedwongen opneming ter observatie bevelen ten aanzien van een geesteszieke indien zijn toestand zulks vereist, hetzij omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt, hetzij omdat hij een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of fysieke integriteit⁸. Deze maatregelen zijn beschermingsmaatregelen in het belang van de zieke of zijn omgeving en raken principieel niet aan zijn handelingsbekwaamheid⁹.

9. Met de komst van de Wet van 18 juli 1991 die art. 488*bis* in het Burgerlijk Wetboek invoerde, ontstond de mogelijkheid voor de vrederechter om aan een meerderjarige die geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, wegens zijn gezondheidstoestand niet in staat is zijn goederen te beheren, met het oog op de bescherming ervan, een voorlopige bewindvoerder toe te voegen. Daardoor wou men het desbetreffende individu beschermen tegen de risico's waaraan zijn vermogen is blootgesteld ten gevolge van zijn handelingsonbekwaamheid, en wel op zulke wijze dat deze persoon dezelfde (vermogens)rechten kan genieten als eenieder die niet het voorwerp uitmaakt van een dergelijke onbekwaamheid¹⁰.

10. Daar zij door het aanbieden van een bijzondere en gepersonaliseerde juridische bescherming als voornaamste betrachting het herstel van het door hun ziekte verstoorde evenwicht beoogde, kan men zeker stellen dat de Wet van 18 juli 1991 een aanzienlijke verbetering uitmaakte ten aanzien van de vooraf bestaande regelgeving, vermits de toenmalige (eerder beperkte) beschermingsregimes niet in de mogelijkheid voorzagen om voor iedere hulpbehoevende persoon een afdoende vermogensrechtelijke bescherming te waarborgen¹¹. Het duurde dan ook niet lang of het voorlopig bewind vervulde een prominente rol onder de civielrechtelijke statuten ter bescherming van meerderjarige handelingsonbekwamen¹².

⁷ Art. 21 van de Wet 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten, *B.S.* 17 juli 1964.

⁸ Art. 1 van de Wet 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *B.S.* 27 juli 1990.

⁹ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 351.

¹⁰ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 5.

¹¹ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 5-6.

¹² *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1999, nr. 50 107/1, 1; Niettegenstaande zijn beperkte toepassingsgebied had art. 488*bis* B.W. m.b.t. het voorlopig bewind een zeer gunstig effect op de evolutie van de beschermingsmogelijkheden voor hulpbehoevenden binnen onze maatschappij. Zo bood de langverwachte modernisering van de beschermingsstatuten in eerste instantie een ontsnappingsmogelijkheid aan de zwaarwichtige en stigmatiserende procedure van de gerechtelijke onbekwaamverklaring. Later nam men ook een daling waar van het aantal verlengd minderjarig verklaarden en personen waaraan een gerechtelijk raadsman toegevoegd was.

11. De Kamerleden Goutry, Vandeurzen en Ansoms wensten deze ronduit positieve evolutie verder te zetten en dienden op 23 september 1999 een Wetsvoorstel in tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand onbekwaam zijn die te beheren¹³, met de bedoeling dit beheer verder te personaliseren door de betrokkenheid van de beschermde persoon, zijn naaste familieleden en zijn vertrouwenspersoon te intensiveren, meer kwaliteitswaarborgen in te voeren door meer (revisorale) controle en de beperking van het mandaat van de voorlopig bewindvoerder in de tijd, de beheersvergoeding van de bewindvoerder nauwkeuriger te regelen, en de territoriale bevoegdheid van de vrederechter te verduidelijken¹⁴. Daarnaast moest het voor de beschermde persoon ook mogelijk worden om ten overstaan van de vrederechter of de notaris een verklaring van voorkeur af te leggen met betrekking tot de aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder, werden er wijzigingen aan de procedure en aan de lijst van de machtigingen aangebracht, bevatte de wet een regeling met betrekking tot de opmaak van een huwelijkscontract door de beschermde persoon en moest aan de beschermde persoon de mogelijkheid worden gegeven om onder bepaalde voorwaarden giften te kunnen doen¹⁵. Na heel wat heen en weer gependel tussen Kamer en Senaat, mondde het voorstel uiteindelijk uit in de Wet van 3 mei 2003¹⁶, welke uiting gaf aan de initiële bedoeling van hogervermelde kamerleden door het regime van de meerderjarige handelingsonbekwame te moderniseren.

B. Toepassingsgebied

12. Uit de lezing van art. 488*bis*, a) van het Burgerlijk Wetboek kunnen we afleiden dat door de beschermde persoon aan een aantal specifieke toepassingsvoorwaarden moet zijn voldaan om onder het statuut van het voorlopige bewind te kunnen vallen.

13. Zo dient de onbekwame in de eerste plaats meerderjarig te zijn. Bij minderjarigen grijpt men immers terug naar de voogdij of de regels betreffende het ouderlijk gezag.

¹³ *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1999, nr. 50 107/1.

¹⁴ *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1999, nr. 50 107/1, 2-3; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 3-4.

¹⁵ W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 4.

¹⁶ Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *B.S.* 31 december 2003.

14. Daarnaast moet de meerderjarige in de onmogelijkheid zijn om zijn goederen te beheren. Het is daarbij zonder belang of deze onmogelijkheid of onbekwaamheid tijdelijk of permanent, geheel of gedeeltelijk is, zolang ze maar voortkomt uit de (gebrekkige) gezondheidstoestand van die persoon. Een verblijf in het buitenland of in de gevangenis, wat ook kan verhinderen dat iemand zich persoonlijk met het beheer van zijn goederen inlaat, zal dan ook geen aanleiding kunnen geven tot de organisatie van een voorlopig bewind. De praktijk wijst uit dat het in de meeste gevallen gaat om demente bejaarden, geestelijk gestoorden, licht mentaal gehandicapten of personen die door een lichamelijke aandoening onmogelijk zelf hun vermogen kunnen beheren^{17 18}. Met de intentie een zo ruim mogelijk toepassingsgebied te creëren heeft de wetgever aldus opzettelijk geen nadere preciseringen gegeven over welke aspecten van de gezondheidstoestand het zou moeten gaan. Zowel de lichaams- als de geestestoestand kunnen bijgevolg in aanmerking worden genomen, van zodra deze tot gevolg heeft dat de betrokkene niet meer in staat is om zijn goederen te beheren¹⁹.

15. Tenslotte mag men nog niet geplaatst zijn onder een wettelijk vertegenwoordigingsstatuut zoals de verlengde minderjarigheidsverklaring of de gerechtelijke onbekwaamverklaring. Het voorlopig bewind is immers onverenigbaar met enige andere vertegenwoordigingsmaatregel²⁰.

C. Bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder

16. De voorlopig bewindvoerder heeft tot taak de goederen van de beschermde persoon als een goed huisvader te beheren of de beschermde persoon in dat beheer bij te staan²¹. Wat

¹⁷ Denke daarbij in de eerste plaats aan comapatiënten, en aan personen die wegens verlamming of een langdurige ziekenhuisopname niet in staat zijn hun vermogen te beheren.

¹⁸ *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1999, nr. 50 107/1, 1-2; V. CALLENS, "Schenken aan/door personen onder voorlopig bewind (W. 18 juli 1991)", *Jura Falconis* 1998-1999, 400-402.

¹⁹ A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 130.

²⁰ Wat de toevoeging van een gerechtelijk raadsman betreft, bestaat er evenwel discussie over de vraag of de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder al dan niet van rechtswege een einde maakt aan de taak van een gerechtelijk raadsman (Zie daarover o.a.: V. CALLENS, "Schenken aan/door personen onder voorlopig bewind (W. 18 juli 1991)", *Jura Falconis* 1998-1999, 382-383; T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 15-16).

²¹ De aanstelling van een voorlopige bewindvoerder heeft aldus geen enkele invloed op de bekwaamheid van de beschermde persoon aangaande zijn persoon. Hij beschikt dan ook over de (theoretische) mogelijkheid om bijvoorbeeld te huwen zonder daarvoor een machtiging te behoeven vanwege de vrederechter, althans voor zover men over een vrije en bewuste wil beschikt om dat te doen. In die zin: A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 45 en W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een

de organisatie van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder nu betreft, beschikt de vrederechter dan ook steeds over diverse mogelijkheden:

17. Doorgaans installeert de vrederechter een vertegenwoordigingsregime, wat inhoudt dat de bewindvoerder de onbekwame die onder zijn hoede werd geplaatst, in het beheer van zijn goederen vervangt, en dus in zijn naam en voor zijn rekening optreedt.

Wanneer de vrederechter zich beperkt tot het aanstellen van een voorlopige bewindvoerder, zonder een omschrijving te geven van zijn bevoegdheden (of ook nog wanneer hij in zijn beschikking enkel heeft bepaald welke handelingen de beschermde persoon nog zelf mag verrichten²²) worden de bevoegdheden van de bewindvoerder door de wet bepaald. Hij beschikt in dat geval over een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid, waardoor hij in naam en voor rekening van de beschermde persoon en in diens belang alle rechtshandelingen kan stellen met het oog op het vermogensbeheer, met uitzondering van een aantal gewichtige rechtshandelingen opgesomd in art 488bis, f) §3, 2^e lid van het Burgerlijk Wetboek waarvoor de bewindvoerder een bijzondere machtiging vanwege de vrederechter behoeft²³.

Maakt de vrederechter daarentegen wel van de mogelijkheid gebruik om de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder te beperken, dan beschikt de bewindvoerder slechts over een beperkte (of een bijzondere) vertegenwoordigingsbevoegdheid. De vrederechter bepaalt dan de precieze bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder, rekening houdend met de aard en samenstelling van de te beheren goederen alsmede de gezondheidstoestand van de beschermde persoon²⁴.

Nochtans zal de vrederechter liever een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid toekennen, daar iedere handeling of verrichting die niet uitdrukkelijk tot het takenpakket van de bewindvoerder wordt gerekend, nog door de beschermde persoon alleen kan worden gesteld²⁵.

meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 41.

²² We spreken in dat geval van een residuair bewind.

²³ V. CALLENS, "Schenken aan/door personen onder voorlopig bewind (W. 18 juli 1991)", *Jura Falconis* 1998-1999, 374; C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 322-323.

²⁴ K. BOONE, "Voorlopig bewind hervormd", *Waarvan Akte* 2004, afl. 4, 11; A. WITTENS, "Voorlopig bewind: 'Le Beaujolais nouveau est arrivé'... maar kan nog niet gedronken worden", *Not. Fisc. M.* 2003, 289.

²⁵ V. CALLENS, "Schenken aan/door personen onder voorlopig bewind (W. 18 juli 1991)", *Jura Falconis* 1998-1999, 374.

18. Daarnaast kan de vrederechter ook in een bijstandregime voorzien²⁶. In het verleden bestond er discussie omtrent de vraag of dit wel mogelijk was, daar enkele auteurs zich uitdrukkelijk verzetten tegen de formulering van het bewind als bijstand. Hiervoor beriepen zij zich op de letterlijke tekst van de wet die zei dat de voorlopige bewindvoerder de goederen van de beschermde persoon *beheert* en hem *vertegenwoordigt*. Met de Wet van 3 mei 2003 kwam er een einde aan deze discussie nu de wetgever uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzag om het voorlopig bewind (deels) te beperken tot een regime van bijstand²⁷. Van het voorlopig bewind zijn dan alle regels behalve die inzake de vertegenwoordiging van toepassing. Er dient bijgevolg geen rekening gehouden te worden met de machtigingsplichtige handelingen; deze kunnen vrij gesteld worden door de beschermde persoon met bijstand van zijn bewindvoerder. Op dergelijke manier kan een voorlopige bewindvoering op maat van de beschermde persoon worden uitgewerkt²⁸.

19. Voorliggend onderscheid is van wezenlijk belang voor een notaris die geconfronteerd wordt met het acteren van een mogelijke machtigingsplichtige handeling. Hij zal steeds het precieze mandaat van de voorlopig bewindvoerder moeten nagaan en beoordelen. Anders gezegd zal het niet langer volstaan om louter vast te stellen dat een persoon onder voorlopig bewind werd geplaatst en daarbij na te gaan of het voorwerp van de akte al dan niet onderworpen is aan een voorafgaande machtigingsplicht, maar zal de notaris de aanstellingsbeschikking of het – vonnis grondig moeten bestuderen om na te gaan of de bewindvoerder de goederen van de beschermde persoon zelf beheert of de beschermde persoon daarin slechts bijstaat²⁹.

20. Hoe kan de notaris nu nagaan of een bepaalde persoon al dan niet onder voorlopig bewind is geplaatst? Uit de lezing van art. 488bis, e), §1 van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat elke beslissing houdende aanwijzing van een voorlopige bewindvoerder of wijziging van

²⁶ Zie bijvoorbeeld Vred. Kortrijk 23 november 2004, *T. Vred.* 2007, 231.

²⁷ K. BOONE, "Het voorlopig bewind hervormd", *Waarvan akte* 2004, afl. 4, 11; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 177; F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-2005, 9.

²⁸ K. BOONE, "Het voorlopig bewind hervormd", *Waarvan akte* 2004, afl. 4, 11. Een treffend voorbeeld van zulk een zorg op maat kan bijvoorbeeld gevonden worden in de installatie van een gecombineerd systeem van vertegenwoordiging en bijstand, waarbij de beschermde persoon voor bepaalde categorieën van rechtshandelingen vertegenwoordigd dient te worden door de voorlopige bewindvoerder, terwijl zij voor andere categorieën van rechtshandelingen slechts bijgestaan moet worden door diezelfde bewindvoerder (in die zin: J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 5 en F. SWENNEN, *Personen in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 163).

²⁹ A. WITTENS, "Voorlopig bewind: 'Le Beaujolais nouveau est arrivé'... maar kan nog niet gedronken worden", *Not. Fisc. M.* 2003, 289-290.

diens bevoegdheden, door toedoen van de griffier, bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad wordt opgenomen. Hetzelfde geldt voor de beslissingen van opheffing of van vernietiging. De bekendmaking moet geschieden binnen vijftien dagen na de uitspraak [...]. Binnen eenzelfde termijn wordt de beslissing door de griffier betekend aan de burgemeester van de woonplaats van de beschermde persoon teneinde te worden aangetekend in het bevolkingsregister. De burgemeester verstrekt een uittreksel uit het bevolkingsregister met vermelding van de naam, het adres en de staat van bekwaamheid van een persoon aan de persoon zelf of aan elke derde die een belang aantoonst. Hieruit volgt dat de notaris zich in de eerste plaats tot het Belgische Staatsblad en de Gemeente-administratie dient te wenden, wil hij informatie bekomen over de bekwaamheid van de betrokken persoon. In de praktijk bleek dit echter onwerkbaar. Om die reden heeft de Federatie der Notarissen dan ook het *e-notariaat* opgericht, zijnde een databank die inlichtingen in verband met de identiteit van de persoon en bepaalde aspecten van hun handelingsbekwaamheid bundelt. Voor wat de bekwaamheid betreft, is de beschikbare informatie echter onvolledig. Enkel die onbekwaamheden die gepaard gaan met een publicatie in het Belgisch Staatsblad, waaronder het voorlopig bewind, worden in de databank opgeslagen³⁰. Heeft de notaris zijn twijfels omtrent de handelingsbekwaamheid van de persoon die voor hem verschijnt, dan zal hij in de praktijk dus niet langer beroep doen op de eerder omslachtige werkwijze van weleer, maar zal hij het *e-notariaat* raadplegen om alle onzekerheid ter zake weg te nemen.

D. Wat nu met de beschikkingen om niet?

21. De voorlopige bewindvoerder vertegenwoordigt de beschermde persoon van rechtswege voor alle rechtshandelingen, behalve voor enkele handelingen die aan zijn persoonlijke rechten raken³¹. De vraag rijst dan ook wat we binnen het beschermingsstatuut van het voorlopig bewind moeten aanvangen met schenkingen en testamenten, daar deze familiaalrechtelijke verrichtingen beschouwd kunnen worden als zijnde de typevoorbeelden van rechtshandelingen van persoonlijke aard. Kunnen personen aan wie een voorlopige bewindvoerder werd toegevoegd zowel onder de vroegere als onder de huidige wettelijke regeling op één of andere manier schenkingen onder de levenden doen of een testament opmaken? Zo ja, in welke omstandigheden en onder elke voorwaarden? Zo nee, kan de voorlopige bewindvoerder dit in hun plaats doen? En wat dient juist begrepen te worden

³⁰ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 103.

³¹ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 149.

onder de notie 'wilsgeschiktheid' of 'de gezondheid van geest' overeenkomstig art. 901 van het Burgerlijk Wetboek? Op deze en andere vragen tracht ik door middel van deze masterproef een afdoend antwoord te vinden. Het is daarbij niet uitgesloten dat ik op onoverkomelijke problemen zal stuiten, die mogelijkwerijs om een wijziging of aanpassing van de desbetreffende wetgeving kunnen vragen.

Hoofdstuk 2: De mogelijkheid tot het stellen van enkele rechtshandelingen om niet uit het familiaal vermogensrecht voor personen onder voorlopig bewind, *de lege lata*.

22. Vóór de Wet van 3 mei 2003 op 31 december 2003 in werking trad, bevatten de artikelen 488bis a) tot en met k) van het Burgerlijk Wetboek geen bijzondere bepalingen betreffende de mogelijkheid voor een persoon onder voorlopig bewind om een schenking te doen of een testament op te maken. Er bestonden evenmin bijzondere bepalingen in verband met de mogelijkheid om een huwelijkscontract te sluiten of een wijziging aan te brengen aan het bestaande huwelijksvermogensstelsel.

23. Hiernavolgend wordt in eerste instantie nagegaan in welke mate de beschermde persoon zowel onder de oude als onder de huidige regeling over de mogelijkheid beschikt om een schenking onder de levenden te doen, om vervolgens eenzelfde bekwaamheidsonderzoek te voeren betreffende de testamenten. Over de mogelijkheid om huwelijkscontracten te sluiten of wijzigingen aan te brengen aan het bestaande huwelijksvermogensstelsel wordt in deze bijdrage niet gesproken, onder verwijzing naar andere toonaangevende werkstukken inzake deze materie³².

Afdeling 1: De schenking:

§1. De periode vóór de inwerkingtreding van de Wet van 3 mei 2003

24. Onder het regime van de Wet van 18 juli 1991 bestonden er met betrekking tot de mogelijkheid voor de beschermde persoon om zelf te schenken diverse uiteenlopende opvattingen:

Zo werd door PINTENS³³ volgend onderscheid gemaakt: wanneer de beschermde persoon niet meer de bekwaamheid had om te beschikken onder bezwarende titel (doordat aan de

³² Zie hiervoor o.a. J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 79 e.v.; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 41-44; F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", in *RW 2004-2005*, 11-13; J.-F. TAYMANS, "Les personnes protégées par la loi du 18 juillet 1991 et le contrat de mariage", in M.T. MEULDERS-KLEIN (ed.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 333 e.v.

³³ W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992)", *Not. Fisc. M.* 1993, 21; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van

voorlopige bewindvoerder een algemene bewindsbevoegdheid was toegekend), kon hij *a fortiori* niet meer over zijn goederen beschikken ten kosteloze titel. Het is immers bezwaarlijk aan te nemen dat een overeenkomst onder bezwarende titel voor vernietiging in aanmerking zou komen, terwijl een schenking waardoor de betrokkene zich veel meer kon benadelen, buiten toepassing van art. 488*bis* i) van het Burgerlijk Wetboek zou vallen. Had de vrederechter de omvang van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder in zijn beschikking vastgesteld, en kon de beschermde persoon daarbij nog ten bezwarende titel over zijn vermogen beschikken, dan kon deze ook schenken indien hij gezond van geest was.

Een andere opvatting³⁴ die in diverse rechtspraak en rechtsleer verdedigd werd, verkondigde daarentegen dat de beschermde persoon hoe dan ook kon schenken, op voorwaarde dat hij gezond van geest was. Volgende redenering werd daarbij gevolgd: daar de voorlopige bewindvoerder niet bevoegd was om uiterst persoonlijke rechtshandelingen zoals schenkingen en testamenten te stellen, bleef de beschermde persoon daarvoor zelf handelingsbekwaam, voor zover hij op het ogenblik dat hij die handeling wil stellen voldoende helder en gezond van geest is om een geldige wilsuiting voort te brengen³⁵.

Een derde opvatting³⁶ tenslotte opperde dat de beschermde persoon, (opnieuw) op voorwaarde dat hij gezond van geest was, het recht had om te schenken, als de vrederechter de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder expliciet omschreven had, en de schenking daar niet onder viel. Was aan de voorlopige bewindvoerder daarentegen een algemene vertegenwoordigingbevoegdheid toegekend, dan kon er onmogelijk geschonken worden door de beschermde persoon, tenzij in het eerder hypothetische geval dat de vrederechter een uitzondering op die algemene bewindsbevoegdheid zou hebben voorzien voor schenkingen³⁷.

een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 35-36.

³⁴ Vred. Marchienne-au-pont 2 juni 1993, *T. Vred.* 1994, 114-115 (Zo oordeelde de vrederechter dat "de, op voet van de wet van 18 juli 1991, beschermde persoon zonder tussenkomst van derden schenkingen of andere gelijkaardige rechtshandelingen kan toestaan indien hij over voldoende inzicht beschikt"); H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Kluwer, Deurne, 1992, 137-139.

³⁵ H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Kluwer, Deurne, 1992, 137-139.

³⁶ F. BLONTROCK, "De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991", *T. Not.* 1992, 116.

³⁷ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 34.

25. Ook over de vraag of de voorlopige bewindvoerder in naam van de beschermde persoon kon schenken, waren de reacties verdeeld. Zo oordeelde de vrederechter van Lier³⁸ dat het aan de voorlopige bewindvoerder toegestaan was om een onroerend goed namens de beschermde persoon weg te schenken nu de beschermde persoon niet meer in staat werd geacht het te onderhouden en aldaar te vertoeven. Niettegenstaande dit nergens uitdrukkelijk in de wettekst vermeld stond, hing de overgrote meerderheid³⁹ echter de stelling aan dat de voorlopig bewindvoerder in geen geval namens de beschermde persoon kan schenken vermits het inzicht om te begiftigen aan de persoon van de schenker gebonden is, en geenszins door een derde kan worden geapprecieerd of uitgeoefend⁴⁰.

Bij uitzondering werd aanvaard dat een wettelijke vertegenwoordiger wel gebruikelijke gelegenheidsgeschenken mocht doen en aalmoezen mocht geven in zoverre ze in verhouding stonden tot het vermogen van de onbekwame (bv. zakgeld)⁴¹.

§2. Het huidige recht: de persoon onder voorlopig bewind kan een schenking doen met machtiging van de vrederechter als hij gezond van geest is

I. Inleiding

26. Met de komst van de Wet van 3 mei 2003 waaide er een nieuwe wind en werd meteen een einde gesteld aan de rechtsonzekerheid van weleer door op het vlak van de

³⁸ Vred. Lier 30 juni 1992, *Not. Fisc. M.* 1993, 17; F. BLONTROCK, "De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991", *T.Not.* 1992, 116 en 119.

³⁹ Vred. Marchienne-au-pont 2 juni 1993, *T. Vred.* 1994, 114; H. CASMAN, "Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Kluwer, Deurne, 1992, 137; W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992)", *Not. Fisc. M.* 1993, 18; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 38; M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)", *TPR* 1994, 1637-1638.

⁴⁰ W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992)", *Not. Fisc. M.* 1993, 18.

⁴¹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 37.

mogelijkheid voor de persoon onder voorlopig bewind om een schenking te doen of een testament te maken een aantal duidelijke regels in te voeren⁴².

27. Overeenkomstig art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon thans slechts geldig schenken onder de levenden na machtiging, op zijn verzoek, door de vrederechter. De vrederechter oordeelt daarbij over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon.

II. Het begrip schenking

28. Een schenking onder de levenden is een akte waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet, ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt⁴³.

29. Met de notie 'schenking' bedoelt men in art. 488*bis*, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek niet alleen de schenkingen vastgesteld bij notariële akte, maar alle mogelijke schenkingen. Ook de handgift, de onrechtstreekse en de vermomde schenking kunnen aldus het voorwerp uitmaken van een machtiging vanwege de vrederechter. Nochtans zal de vrederechter principieel geen machtiging verlenen om een vermomde schenking te doen, net zoals de notaris niet zal meewerken aan een vermomde schenking, vermits een dergelijke schenking doorgaans geassocieerd wordt met fiscale fraude en bijgevolg met valsheid in geschrifte.

30. Toch doet de begripsbepaling een aantal vragen rijzen:

31. In de eerste plaats bestaat er onenigheid omtrent de vraag of ook de herroeping van een schenking onder de toepassingssfeer van art. 488*bis*, h), §2 gesitueerd kan worden? Zo ja, dan heeft dit tot gevolg dat de beschermde persoon ook bij de herroeping gezond van geest dient te zijn en daartoe een machtiging vanwege de vrederechter behoeft.

Terwijl de herroeping van een testament als een uiterste wilsbeschikking moet worden beschouwd, kan men de herroeping van de schenking niet als een schenking als dusdanig aanzien. Een schenking veronderstelt immers, naast een intentioneel element bestaande uit de intentie om te begiftigen of de *animus donandi*, ook een materieel element, namelijk de verarming van de schenker en de verrijking van de begiftigde. Door een eerder gedane schenking te herroepen is niet voldaan aan één van deze essentiële bestanddelen, nu de

⁴² F. SWENNEN, "Grondvoorwaarden/bekwaamheid, beschikking", in A. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE (eds), *Vermogensplanning met effect na overlijden. Erfrecht en testamenten*, Gent, Larcier, 2005, 17.

⁴³ Art. 893 B.W.

schenker die herroept zijn vermogen ziet aangroeien, daar waar het zou moeten slinken. Om die reden kan men concluderen dat de herroeping van een schenking onmogelijk met een schenking gelijk te stellen is⁴⁴. Bijgevolg kunnen op de herroeping van de schenking niet dezelfde principes worden toegepast als op de schenking zelf.

32. Een ander dispuut houdt verband met de contractuele erfstellingen. Volgens de letter van de wet is de contractuele erfstelling te beschouwen als een schenking onder de levenden, vermits zij door de wetgever in het Burgerlijk Wetboek is ondergebracht onder de titel 'Schenken onder de levenden en testamenten'. Dit is echter niet in overeenstemming met de stelling die door de gezaghebbende rechtsleer verdedigd wordt en die stelt dat de contractuele erfstelling geen schenking, noch testament is, maar een overeenkomst *sui generis*⁴⁵. Daaruit volgt dat de contractuele erfstelling een hybride gift is, waar nu eens de voor schenkingen geldende bepalingen op toegepast dienen te worden en dan weer de voor testamenten geldende bepalingen⁴⁶.

In tegenspraak met de heersende rechtsleer komen we niettemin tot de slotsom dat de contractuele erfstelling door het loutere feit dat zij in het Burgerlijk Wetboek terug te vinden is onder de titel 'Schenken onder de levenden en testamenten' ook als schenking onder de toepassing van art. 488bis h), §2 valt⁴⁷.

33. Een laatste element betreft de hoedanigheid van de begiftigde. In beginsel kan de schenking gebeuren aan om het even welke persoon die bekwaam is om begiftigd te worden⁴⁸. Toegepast op de concrete situatie kunnen we daaruit afleiden dat het aan de beschermde persoon ook toegestaan is om aan de voorlopige bewindvoerder te schenken.

⁴⁴ In die zin: T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 152. *Contra*: F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN, *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 185 en F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-05, 11.

⁴⁵ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 326-327 en M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 15.

⁴⁶ M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 15.

⁴⁷ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 152; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 42; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 36 en F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN, *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 181.

⁴⁸ A. WYLLEMAN, "Familiaal vermogensrecht", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat* 5, Brugge, Die Keure, 2003, 21; A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 243.

Een gegeven dat wij bevestigd zien in art. 902 van het Burgerlijk Wetboek dat voorschrijft dat alle personen kunnen verkrijgen bij schenking onder de levenden, met uitzondering van diegenen die de wet daartoe onbekwaam verklaart. Er is namelijk geen wettelijke bepaling die de voorlopige bewindvoerder onbekwaam maakt om een schenking vanwege de door hem beschermde persoon te aanvaarden⁴⁹.

III. De machtigingsbeslissing

A. Het verzoek tot machtiging moet uitgaan van de beschermde persoon

34. Uit de tekst van art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, die bepaalt dat “de beschermde persoon slechts geldig kan schenken onder de levenden of een uiterste wilsbeschikking kan maken na machtiging, *op zijn verzoek*, door de vrederechter...” vloeit voort dat het verzoek tot het bekomen van een machtiging vanwege de vrederechter om een schenking onder de levenden te doen, moet uitgaan van de beschermde persoon, en niet van diens voorlopige bewindvoerder.

35. Nochtans blijken vrederechters in de praktijk dikwijls geneigd te zijn om een verzoekschrift uitgaande van de voorlopige bewindvoerder ontvankelijk te verklaren⁵⁰. Een dergelijke zienswijze kan enkel uitgelegd worden door het verzoekschrift te aanzien als uitgaande van de beschermde persoon zelf, die zich hiervoor laat bijstaan door een raadsman, *in casu* de voorlopige bewindvoerder. Uit art. 488*bis*, h), §2, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek kan immers worden afgeleid dat het verzoekschrift niet noodzakelijk ondertekend moet worden door de beschermde persoon zelf, maar ook ondertekend *kan* worden door de voorlopige bewindvoerder-advocaat nu dat artikel voorziet dat in afwijking op art. 1026, 5° van het Gerechtelijk Wetboek de handtekening van de verzoeker ‘volstaat’ en het verzoekschrift dus niet door een advocaat *moet* worden ondertekend. Daaruit volgt

⁴⁹ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 69-70.

⁵⁰ Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494-497 (*in casu* ging het evenwel om een machtigingsverzoek tot het opmaken van een testament, ingediend door de voorlopige bewindvoerder-advocaat omwille van de volledige blindheid van zijn cliënte); Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562-564.

evenwel dat indien de voorlopige bewindvoerder niet de hoedanigheid van advocaat had gehad, het door hem ondertekende verzoekschrift effectief onontvankelijk zou zijn geweest⁵¹.

B. De omstandige geneeskundige verklaring

36. De machtiging wordt gevraagd bij eenzijdig verzoekschrift, overeenkomstig de artikelen 1026 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek, met in de bijlage een omstandige geneeskundige verklaring van hoogstens vijftien dagen oud⁵².

37. De omstandige geneeskundige verklaring beschrijft de gezondheidstoestand van de beschermde persoon, en vermeldt of de beschermde persoon zich kan verplaatsen, en in het bevestigende geval, of dit gelet op zijn (psychische) toestand aangewezen is⁵³. De vereiste van omstandigheid vergt een voldoende duidelijke uiteenzetting van de stoornissen van de betrokkene. De loutere verklaring dat de beschermde persoon niet meer in staat is zijn goederen te beheren, beantwoordt dan ook niet aan de wettelijke voorwaarden en leidt doorgaans tot de onontvankelijkheid van de vordering⁵⁴.

38. Problemen kunnen zich voordoen wanneer de te beschermen persoon weigert zich door een arts te laten onderzoeken of wanneer de geneesheer die de toestand van de te beschermen persoon kent, zich beroept op het beroepsgeheim om de aflevering van een geneeskundige verklaring te weerhouden. In eerstgenoemde situatie kan de vrederechter een geneesheer aanstellen om hem over de gezondheidstoestand van de betrokkene te adviseren. Indien deze zijn negatieve houding ook aanhoudt ten aanzien van deze door de vrederechter aangestelde arts, aarzelen sommige vrederechters niet te oordelen dat uit een dergelijke handelswijze een ziekelijk onevenwicht blijkt dat toelaat te besluiten dat de betrokkene niet geschikt is om zelf zijn goederen te beheren⁵⁵. En voor de arts die zich achter zijn beroepsgeheim tracht te verschuilen om geen medisch getuigschrift te moeten

⁵¹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 45.

⁵² Art. 488bis, h), §2, lid 6 verklaart art. 488bis, b), §6 van toepassing dat betrekking heeft op de omstandige geneeskundige verklaring die gevoegd wordt bij het verzoekschrift tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder, waaruit volgt dat de omstandige geneeskundige verklaring die gevoegd moet worden bij het machtigingsverzoek in beginsel dezelfde gegevens moet bevatten als de geneeskundige verklaring die vereist is op het ogenblik van de aanstelling.

⁵³ Art. 488bis, b), §6 B.W.

⁵⁴ Vred. Roeselare, 16 september 1993, RW 1993-94, 683; A. WYLLEMAN, "Art. 488bis, b) B.W.", in X. (ed.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl.

⁵⁵ A. WYLLEMAN, "Art. 488bis, b) B.W.", in X. (ed.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl.

afleveren, zal de ontnuchtering groot zijn nu de rechtspraak, de rechtsleer en de dagdagelijkse praktijk algemeen aanvaarden dat er *in casu* geen sprake kan zijn van een schending van het beroepsgeheim⁵⁶.

39. De verklaring mag niet worden opgesteld door een arts die een bloed- of aanverwacht is van de beschermde persoon, en evenmin door een arts die op enigerlei wijze verbonden is aan de instelling waar de beschermde persoon zich bevindt⁵⁷. Dit verbod werd ingegeven door de bekommernis de objectiviteit van de geneeskundige verklaring te waarborgen. Zo kan de geneeskundige verklaring noch worden opgesteld door een geneesheer verbonden aan het bejaardentehuis waar de beschermde persoon verblijft, noch door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon (tijdelijk) is gehospitaliseerd⁵⁸. Het medische getuigschrift van een geneesheer, die slechts verbonden was aan het O.C.M.W.-ziekenhuis en niet aan het eveneens door het O.C.M.W. beheerde rusthuis waar de beschermde persoon verbleef, moet daarentegen niet geweerd worden, volgens de vrederechter van Roeselare⁵⁹.

40. Met betrekking tot het medische getuigschrift hebben sommige vrederechters in het verleden meermaals verrassende uitspraken gedaan. Zo stellen sommige vrederechters⁶⁰ dat de geneesheer die de verklaring moet opmaken een relevante tak van de geneeskunde moet beoefenen. BAEL is het daar niet mee eens en acht het verzoek ontvankelijk van zodra daarbij een geneeskundige verklaring wordt gevoegd die aan de wettelijke vereisten beantwoordt, ongeacht de tak van geneeskunde die door de arts in kwestie wordt uitgeoefend. Niettemin acht hij het raadzaam om de omstandige geneeskundige verklaring te laten opmaken door een arts die met kennis van zaken kan spreken⁶¹.

Daarnaast waren sommige vrederechters de mening toegedaan dat geneesheren in de verklaring gevoegd bij het verzoekschrift tot aanstelling⁶² van de voorlopige bewindvoerder

⁵⁶ Cass. 19 januari 2001, *TBBR* 2003, 54; Cass. 7 maart 2002, *AJT* 2001-02, 921, *T. Gez.* 2002-03, 85, noot, *TBBR* 2003, 55; K. OOSTERLINCK, "Overzicht van rechtspraak (1991-1997) betreffende de wet van 18 juli 1991 inzake het voorlopig bewind, *T. Gez.* 1999-2000, 12.

⁵⁷ Art. 488bis, b), §6, lid 3 B.W.

⁵⁸ Vred. Brugge 28 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, 182; *T. Vred.* 2005, 283 (Wanneer de geneeskundige verklaring evenwel wordt opgemaakt door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon onderzocht, doch niet gehospitaliseerd is, stelt zich geen probleem).

⁵⁹ Vred. Roeselare 29 maart 1994, *RW* 1994-95, 682.

⁶⁰ Vred. Roeselare 30 september 2003, *RW* 2004-05, 235.

⁶¹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 46.

⁶² Hetzelfde geldt bijgevolg voor de omstandige geneeskundige verklaring die bij het verzoek tot machtiging gevoegd moet worden, nu art. 488bis, h), §2, lid 6 voorschrijft dat art. 488bis, b) naar analogie moet worden toegepast op bovenstaande situatie (zie voetnoot 49).

een uitvoerige beschrijving van de medische toestand en van de door hen vastgestelde symptomen dienen te geven, maar zich dienen te weerhouden van een subjectieve appreciatie of waardeoordeel over de geschiktheid van de persoon om zijn vermogen te beheren⁶³. Opnieuw is BAEL van oordeel dat een dergelijke opvatting niet kan worden bijgetreden, nu het de bedoeling is dat de geneesheer-deskundige de vrederechter bijstaat in zijn beoordeling van de wilsgeschiktheid van de te beschermen persoon. Het is dan ook maar logisch dat de geneesheer zich daaromtrent een oordeel moet kunnen vormen dat hij in zijn verklaring zal motiveren en kaderen. BAEL wijst er bovendien op dat de beoordeling van de wilsgeschiktheid door de geneesheer niet verhindert dat de vrederechter op autonome wijze een standpunt inneemt, dat kan afwijken van dat van de betrokken arts⁶⁴. De mening van de deskundige is immers niet meer dan een advies, waardoor de vrederechter niet gebonden is⁶⁵.

41. De omstandige geneeskundige verklaring moet op straffe van onontvankelijkheid bij het verzoekschrift worden gevoegd. In spoedeisende gevallen kan hierop evenwel een uitzondering worden toegestaan⁶⁶. Indien er geen geneeskundige verklaring bij het verzoekschrift is gevoegd, zal de vrederechter derhalve nagaan of hiervoor gegronde redenen van dringendheid bestaan. Is dit het geval, dan vraagt de vrederechter binnen een termijn van acht dagen na de datum waarop het machtigingsverzoek is ontvangen dat de verzoeker hem alsnog een omstandige geneeskundige verklaring bezorgt⁶⁷.

42. Hoewel de geneesheer-deskundige niet gebonden is door een modelverklaring, is het volgens ROTTHIER toch aangewezen een modelformulier te gebruiken en dit door de betrokken arts te laten invullen⁶⁸.

43. Volledigheidshalve wil ik er ook nog even op wijzen dat het verzoekschrift tot machtiging, naast de omstandige geneeskundige verklaring, tevens vergezeld dient te zijn van een ontwerp van de schenkingsakte⁶⁹; stuk voor stuk documenten die de vrederechter moeten

⁶³ Vred. Fontaine-l'Évêque 23 september 2004, *T. Vred.* 2005, 467; *JLMB* 2005, 439.

⁶⁴ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 47.

⁶⁵ Vred. Brugge 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, 502, noot S. MOSSELMANS.

⁶⁶ Art. 488bis, b), §6, lid 1 B.W.; Vred. Roeselare 30 september 2003, *T. Vred.* 2003, 412, *RW* 2004-05, 235, noot F. SWENNEN.

⁶⁷ K. BOONE, "Het voorlopig bewind hervormd", *Waarvan Akte* 2004, 4-5; K. ROTTHIER, *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, 36; F.-J. WARLET, *L'administration provisoire des biens. Manuel pratique de l'administration provisoire des biens de personnes vulnérables*, Waterloo, Kluwer, 2008, 28.

⁶⁸ K. ROTTHIER, *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, 36.

⁶⁹ *Cf. infra* p. 26, nr. 55.

toelaten zich een correct beeld te vormen over de wilsgeschiktheid van diegene die tot de schenking wenst over te gaan.

C. De beoordeling door de vrederechter

44. Overeenkomstig art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon onder de huidige regeling geldig schenken onder de levenden, na machtiging door de vrederechter. De vrederechter beoordeelt daarbij niet enkel de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon, maar zal ingevolge art. 488*bis*, h), §2, lid 2 ook nagaan of de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking niet behoeftig dreigen te worden, in welk geval hij de machtiging zal weigeren te verlenen.

1) De wilsgeschiktheid of de gezondheid van geest

45. Art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de vrederechter oordeelt over “de wilsgeschiktheid” van de beschermde persoon. Heeft dit begrip een andere betekenis dan de notie “gezondheid van geest”, waarvan sprake is in art. 901 van het Burgerlijk wetboek of stemmen beide termen overeen? Daar er geen enkele reden denkbaar is om op het vlak van de toestemming strengere eisen te stellen voor een persoon onder voorlopig bewind dan voor ieder ander, lijkt het vanzelfsprekend dat aan de term “wilsgeschiktheid” eenzelfde waarde moet worden gehecht als aan de uitdrukking “gezondheid van geest”⁷⁰. Uit de rechtspraak blijkt dat verschillende vrederechters eenzelfde mening zijn toegedaan⁷¹. Het is dus aan de vrederechter om, naar aanleiding van een verzoek tot machtiging, na te gaan of de beschermde persoon al dan niet gezond van geest is, en dit op het ogenblik dat hij tot de schenking wenst over te gaan.

46. De vereiste van de “gezondheid van geest”, vervat in art. 901 van het Burgerlijk Wetboek, is een juridisch en geen medisch begrip, dat doelt op het intelligentie- en redeneringsvermogen van de schenker. Zo dient de beschermde persoon te beschikken over

⁷⁰ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 48; J. BAEL, “Schenken, testamenten en erfovereenkomsten”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 177-178.

⁷¹ Zie o.a. Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 495; Vred. Sint-Truiden 7 september 2005, *RW* 2006-07, 377; Vred. Tielt 10 juli 2006, *T. Not.* 2007, 558.

het nodige geestesvermogen om het nut en de draagwijdte van de rechtshandelingen om niet die hij wenst te stellen, te vatten en deze ook effectief te willen⁷².

47. De vrederechter zal zich voor de beoordeling van de gezondheid van geest onder meer steunen op de omstandige geneeskundige verklaring die bij het verzoekschrift tot machtiging werd gevoegd. Daarnaast beschikt hij over de mogelijkheid om een geneesheer-deskundige aan te stellen, die advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon⁷³. De gezondheidstoestand bedoeld in art. 488bis, a) dient evenwel onderscheiden te worden van de wilsgeschiktheid in de zin van art. 488bis, h), §2. Dit belet echter niet dat de wilsongeschiktheid het gevolg kan zijn van de gezondheidstoestand, wat bij ieder verzoek afzonderlijk moet worden beoordeeld⁷⁴. Met het oog hierop lijkt het mij derhalve duidelijk dat de geneesheer-deskundige een zodanig advies geeft over de gezondheidstoestand van de persoon onder voorlopig bewind dat de vrederechter in staat stelt een oordeel te vormen over de wilsgeschiktheid van desbetreffende persoon⁷⁵. Daar de geneesheer-deskundige slechts adviseert, en het de vrederechter is die zich uiteindelijk over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon dient uit te spreken, is het vanzelfsprekend dat de vrederechter er niet toe gehouden is het advies van de geneesheer te volgen, indien hijzelf een andere mening is toegedaan. Tenslotte kan de vrederechter ook alle nuttige informatie inwinnen en kan hij eenieder die hem nuttige informatie kan verschaffen oproepen bij gerechtsbrief om te worden gehoord⁷⁶. De vrederechter is hier wel verplicht om ook de voorlopige bewindvoerder

⁷² M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, 245.

⁷³ Art. 488bis, h), §2, lid 4 B.W.

⁷⁴ T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. *Capita selecta*", in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 176.

⁷⁵ In dezelfde zin: Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 495. De vrederechter van Westerlo had een geneesheer-deskundige aangesteld met de opdracht de beschermde persoon te onderzoeken en advies uit te brengen over diens gezondheidstoestand, meer bepaald na te gaan of de beschermde persoon gezond van geest is in de zin van art. 901 B.W. Meer specifiek geeft de vrederechter de deskundige daarbij de opdracht om onder meer na te gaan 1° of de beschermde persoon de voorgenomen rechtshandeling begrijpt, 2° of zij weet dat het om een handeling of niet gaat, waarvoor geen tegenprestatie wordt geleverd, dat de schenking onmiddellijke uitwerking heeft en onherroepbaar is, en 3° of zij zicht heeft op de invloed van de schenking op haar vermogen en op de rechten van haar erfgenamen. *Contra*: T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 152. DELAHAYE en CASTELEIN menen dat de taak van de geneesheer-deskundige er zuiver in bestaat de algemene gezondheidstoestand van de beschermde persoon te onderzoeken, zonder enige indicatie te moeten geven omtrent de wilsgeschiktheid of geestesgezondheid. Zij stellen het nut van een dergelijk advies door een geneesheer-deskundige dan ook ten zeerste in vraag.

⁷⁶ Art. 488bis, h), §2, lid 5 B.W.; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 181 (SWENNEN is hierbij van oordeel dat het aangewezen lijkt dat de vrederechter een eerder terughoudende houding aanneemt bij de oproeping van personen die hij geschikt acht om hem inlichtingen te verschaffen. Vermits deze inlichtingen dienstig moeten zijn voor

op te roepen⁷⁷, hetgeen niet het geval is wanneer machtiging wordt gevraagd om een testament op te maken.

48. Dient ter wel op gewezen te worden dat het toestaan van de machtiging door de vrederechter verhindert dat de gift nog op grond van de onbekwaamheid van de beschermde persoon kan worden aangevochten, maar geenszins belet dat de bedoelde rechtshandeling om niet nog wordt betwist wegens de ongezondheid van geest van de persoon onder voorlopig bewind ex art. 901 van het Burgerlijk Wetboek⁷⁸.

49. *Moet de aanstelling van een voorlopige bewindvoerder gezien worden als een ernstige aanwijzing van ongezondheid van geest?* PINTENS beschouwt het gegeven dat aan de schenker of testator een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd in de praktijk inderdaad als een ernstige aanwijzing dat de beschermde persoon niet gezond van geest is, waardoor de feitelijke bewijslast wordt omgekeerd⁷⁹. BAEL oppert evenwel dat een dergelijke algemene uitspraak niet bijgetreden kan worden, maar dat de beoordeling van de gezondheid van geest geval per geval beoordeeld dient te worden⁸⁰. Een opvatting die wordt bijgetreden door de Hoven van Beroep van Luik⁸¹ en Gent⁸², nu deze beiden oordelen dat het feit dat de testator op het ogenblik van het opmaken van het testament onder voorlopige bewind stond niet als een vermoeden van de ongezondheid van geest kan gelden. Eenzelfde redenering dient mijn inziens gevolgd te worden voor personen onder voorlopig bewind die tot een schenking onder de levenden willen overgaan.

50. *Het bewijs van de (on)gezondheid van geest van de beschermde persoon?* Art. 901 van het Burgerlijk Wetboek wordt in de praktijk frequent ingeroepen bij de vordering tot nietigverklaring van een schenking of een testament ingesteld na het overlijden van de schenker of testator. Volgens een klassieke strekking in de rechtspraak en de rechtsleer,

de beoordeling van de wilsgeschiktheid, en niet voor de beoordeling van de inhoud van de gift, doet hij er meestal geen goed aan om (potentiële) erfgenamen of legatarissen te bevragen).

⁷⁷ K. ROTTHIER, *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, 84; A. WYLLEMAN en K. BOONE, "De voor het notariaat relevante wijzigingen aan het voorlopig bewind", in X. (ed.), *Voorlopig bewind*, Brussel, Bruylant, 2004, 183.

⁷⁸ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 184. Voor het bewijs van de (on)gezondheid van geest van de beschermde persoon, zie *infra* p. 22-24, nr. 50.

⁷⁹ W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992)", *Not. Fisc. M.* 1993, 22.

⁸⁰ J. BAEL, "Erfenissen, schenkingen en testamenten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, Die Keure, 2004, 149 (voetnoot 203); J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 37-38.

⁸¹ Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483, noot.

⁸² Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208, noot B. WYLLEMAN.

zijnde de theorie van de versterkte toestemming, dienen er op het vlak van de toestemming strengere eisen te worden gesteld bij rechtshandelingen onder kosteloze titel dan bij rechtshandelingen onder bezwarende titel, nu de wil om te schenken vrijer en bewuster moet zijn dan voor het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel. De bodemrechter dient hierbij bijzondere aandacht te besteden aan alle omstandigheden die de wil van de schenker kunnen beïnvloeden of wijzigen⁸³. Uit de rechtspraak blijkt dat een gedeeltelijke aantasting, verzwakking of verstoring van de wil in dat opzicht reeds kan volstaan om de nietigverklaring van de gift te bekomen⁸⁴. Zij bepaalt daarentegen niet op ondubbelzinnige wijze waarin nu juist het verschil bestaat tussen de beoordeling van de toestemming bij overeenkomsten onder bezwarende titel en de beoordeling van de toestemming bij overeenkomsten om niet, wat het zoeken naar een sluitend antwoord op de vraag in hoeverre de geestelijke vermogens moeten afgezwakt of verstoord zijn om te besluiten tot de nietigheid van de gift, er niet makkelijker op maakt⁸⁵. Het blijft dan ook een feitenkwestie, waarbij de vrederechter geval per geval moet beoordelen. Niettegenstaande de theorie van de versterkte toestemming min of meer vaststaande rechtspraak is, worden er de laatste tijd toch meer en meer bezwaren tegen gevonden, waarbij gesteld wordt dat de wilsgeschiktheid bij beschikkingen om niet gelijk is aan deze onder bezwarende titel doch enkel de invulling ervan verschilt⁸⁶. Zo ook SWENNEN die de stelling verdedigt dat de theorie van de versterkte toestemming op een misverstand berust⁸⁷. Kan het zijn dat de theorie van de versterkte toestemming gaandeweg wordt afgezwakt en op termijn zelfs verlaten? Het lijkt er toch op nu men in de meer recentere rechtspraak al uitspraken terugvindt die juist wijzen op een minder strenge opvatting inzake de beoordeling van de gezondheid van geest. Zo stelt het Hof van Beroep van Bergen in zijn arrest van 18 oktober 2005 dat, om de nietigverklaring van een testament te bekomen, de eiser op een omstandige en precieze wijze, vrij van elke twijfel, moet aantonen dat de testator niet over de nodige gezondheid beschikte op het ogenblik van het opmaken van het testament, en dat in geval van twijfel over de geestelijke vermogens van de testator het testament niet kan worden nietig verklaard⁸⁸. Bijgevolg zal de

⁸³ M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, 246.

⁸⁴ Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208, noot B. WYLLEMAN.

⁸⁵ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 152.

⁸⁶ M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, nr. 4, 246.

⁸⁷ F. SWENNEN, "Het misverstand van de 'theorie van de versterkte toestemming', *AJT* 1998-99, 569-573.

⁸⁸ Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gén.enr.not.* 2007, 186; *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889. In dezelfde zin Bergen 21 december 2004, *JLMB* 2005, 1784; Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208, noot B.

rechtshandeling om niet volgens de huidige strekking slechts nietig zijn wanneer men kan bewijzen dat de beschermde persoon niet over zijn volledige geestesvermogen beschikte op het ogenblik van de redactie ervan. Daar men in het gegeven geval uitgaat van een vermoeden van gezondheid van geest, zal het tegenbewijs daarvan geleverd moeten worden door diegene die meent dat de beschikking om niet nietig is wegens de aantasting van de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon⁸⁹. Het bewijs van de ongezondheid van geest is een bewijs van feiten en kan omstandig geleverd worden door alle middelen van recht, met inbegrip van getuigen en vermoedens, waarbij de eisende partij zal moeten aantonen dat de gezondheid van geest is aangetast op het ogenblik dat de rechtshandeling om niet werd gesteld⁹⁰. Wanneer er daarentegen twijfel bestaat omtrent de wilsgeschiktheid van de betrokken persoon, kan de nietigverklaring geen doorgang vinden. Uit de rechtspraak blijkt nog dat de vrederechter met tal van zaken rekening kan houden bij de beoordeling van de gezondheid van geest. Zo werd reeds meermaals geconstateerd dat een vrederechter de inhoud van een testament of schenking in rekening brengt bij het nemen van een beslissing over de gezondheid van geest. De inhoud van het testament of de schenkingsakte zal desondanks op zich geen doorslaggevend argument vormen voor de gezondheid van geest, maar kan wel één van de elementen zijn die de vrederechter bij zijn beoordeling in overweging neemt⁹¹.

2) Het vermogen en de inkomsten van de beschermde persoon

51. Zoals gezegd dient de vrederechter, afwijkend van de regeling inzake testamenten, naast de beoordeling van de gezondheid van geest, ook rekening te houden met het vermogen en de inkomsten van de beschermde persoon⁹². Zo zal de vrederechter ingevolge art. 488bis, h), §2, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek weigeren de machtiging om te schenken te verlenen indien de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden daardoor behoeftig dreigen te worden. SWENNEN oppert dat het om een soort van vooruitgeschoven reservebescherming gaat, waarbij juist die bescherming en de mogelijke vordering tot

WYLLEMAN; Gent 18 maart 2004, *RAGB* 2005, 753, noot F. DE BOCK; Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483, noot en Rb. Luik 21 december 2005, *Rev.not.b.* 2006, 82.

⁸⁹ J. BAEL, "Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 165; M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, 247-248.

⁹⁰ Bergen 19 december 2005, *JLMB* 2007, 739; Gent 15 maart 2007, *NJW* 2008, 131, noot B. WYLLEMAN, *RAGB* 2008, noot M. GOVAERTS; M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, 248.

⁹¹ J. BAEL, "Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 166-167.

⁹² In die zin: Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562.

levensonderhoud tegen de nalatenschap maken dat deze waarborg niet moest worden voorzien bij uiterste wilsbeschikkingen⁹³.

52. Welke personen komen nu als onderhoudsgerechtigden in aanmerking? Volgens SWENNEN kunnen enkel de actuele onderhoudsgerechtigden genoemd in art. 203 e.v. van het Burgerlijk Wetboek daaronder begrepen worden, daar echtgenoten en wettelijk samenwonende partners over eigen wettelijke verhaalsmogelijkheden tegen schenkingen beschikken, de uitvoering van een natuurlijke verbintenis tegenover een feitelijke partner niet beschermd is tegen giften, en voor andere schuldeisers geen verdergaande bescherming voorzien moet worden dan de gemeenrechtelijke⁹⁴.

53. Om de bedoelde afweging te kunnen maken, zal de vrederechter informatie opvragen over de omvang van het totale vermogen en de inkomsten van de persoon onder voorlopig bewind, en over de behoeften van de beschermde persoon zelf, evenals van zijn onderhoudsgerechtigden⁹⁵. Doorgaans zal de vrederechter daarover op het ogenblik van het machtigingsverzoek reeds voldoende gedocumenteerd zijn, nu de voorlopige bewindvoerder binnen een maand na zijn aanstelling een verslag dient op te maken over de vermogenstoestand en de inkomstenvergaring van de beschermde persoon, dat hij aan de vrederechter overmaakt⁹⁶. Daarnaast heeft de wetgever aan de voorlopige bewindvoerder een jaarlijkse rapportageplicht ten aanzien van de vrederechter opgelegd, waarbij de bewindvoerder in zijn schriftelijk verslag een overzicht geeft van de inkomsten en uitgaven tijdens de voorbije periode, alsmede van de stand van het beheerde vermogen bij de aanvang en op het einde van de periode waarover rekenschap wordt gegeven⁹⁷.

3) De inhoud van de schenkingsakte

54. Een andere afwijking van de regeling inzake testamenten, bestaat erin dat de inhoud van de schenkingakte wel een rol kan spelen bij de beoordeling door de vrederechter. Uit de

⁹³ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 182; F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-05, 10.

⁹⁴ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 182.

⁹⁵ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 66.

⁹⁶ Art. 488bis, c), §2 B.W.

⁹⁷ Art. 488bis, c), §3 B.W.; Zie ook: Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562 waar er effectief toepassing gemaakt wordt van de mogelijkheid voor de vrederechter om rekening te houden met de financiële mogelijkheden van de beschermde persoon, zoals die blijken uit de verslagen van de voorlopige bewindvoerder.

verplichting die de wetgever aan de vrederechter heeft opgelegd om niet alleen na te gaan of de beschermde persoon wilsgeschikt is, doch ook of de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden door de schenking niet behoeftig dreigen te worden, volgt immers dat het voorwerp van de schenking hier wel degelijk een grote relevantie heeft⁹⁸. Naast het voorwerp, kunnen ook de voorwaarden die de schenker aan de schenking verbonden heeft, zoals een last van bijstand en onderhoud, of een recht van bewoning, een belangrijke impact hebben op het oordeel van de vrederechter die om machtiging wordt verzocht⁹⁹.

55. Uit het voorgaande volgt dat men bij het indienen van het verzoekschrift tot machtiging ten aanzien van de vrederechter zal moeten verduidelijken wat het voorwerp van de schenking is en welke voorwaarden eraan werden gesteld. Men zal hem daartoe een ontwerp van de schenkingsakte moeten bezorgen¹⁰⁰ of van het geschrift *ad probationem*, indien het geen notariële schenking betreft. De vrederechter zal de beschermde persoon dan machtigen om de schenking te doen overeenkomstig het voorgelegde ontwerp. Daar de vrederechter de persoon onder voorlopig bewind machtiging verleent om een welbepaalde schenking te doen overeenkomstig het ontwerp dat hem eerder ter beschikking werd gesteld, kunnen we niet anders dan stellen dat de vrederechter inzake schenkingen overgaat tot een beoordeling *in concreto*¹⁰¹.

56. Is het aan de vrederechter toegestaan om het bedrag of de voorwaarden van de schenking in zijn machtiging aan te passen? Gelet op het persoonlijke karakter van de schenking, menen sommige auteurs dat dit niet tot de bevoegdheid van de vrederechter behoort. De handelingsvrijheid van de vrederechter is aldus beperkt tot het verlenen of weigeren van de machtiging tot schenken¹⁰². Doch niet iedereen is een dergelijke mening

⁹⁸ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 37.

⁹⁹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 67.

¹⁰⁰ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562.

¹⁰¹ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562; J. BAEL, "Schenken, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 15*, Brugge, Die Keure, 2009, 183; T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 153; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 42 en W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 37.

¹⁰² F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAEEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183.

toegedaan. Zo oppert BAEL dat wanneer de vrederechter machtiging verleent om een schenking te doen van een lager bedrag of tegen andere voorwaarden, de schenking zelf nog niet heeft plaatsgevonden. De vrederechter heeft de schenking daardoor niet in de plaats van de beschermde persoon gedaan en heeft het persoonlijke karakter van de schenking niet doorbroken. Het is met name aan de beschermde persoon om vervolgens te beslissen of hij de gemachtigde schenking zal doen, dan wel een nieuw verzoekschrift zal indienen bij de vrederechter¹⁰³.

4) Het ogenblik van beoordeling

57. De bekwaamheid om een bepaalde rechtshandeling te stellen, dient beoordeeld te worden op het ogenblik van het stellen van deze rechtshandeling. Deze regel brengt met zich mee dat de schenkingen gedaan (en de testamenten opgemaakt) door een persoon onder voorlopig bewind vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003 moeten worden beoordeeld met toepassing van de vroegere regels¹⁰⁴.

D. Vereist bij alle personen die onder voorlopig bewind zijn geplaatst?

58. Gelet op de algemene formulering van art. 488*bis*, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek, geldt als algemeen principe dat de machtiging tot schenken vereist is in alle gevallen waarin een voorlopige bewindvoerder is aangesteld¹⁰⁵, dus ook in het geval dat aan de voorlopige

¹⁰³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 69. In dezelfde zin: A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 42-43.

¹⁰⁴ Dat ook de rechtspraak dit principe in die zin toepast, blijkt onder meer in: Cass. 10 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, 165, noot A. VAN DEN BOSSCHE, *RW* 2008-09, 496, noot W. PINTENS, *TBBR* 2009, 247, noot P. DELNOY; Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gén.enr.not.* 2007, 186, *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889; Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208, noot B. WYLLEMAN; Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483, noot.

¹⁰⁵ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 152, voetnoot 726; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 42; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 36. Anderen menen dat de machtiging tot schenken enkel vereist is voor de beschermde personen die onder een algemeen bewind staan dat voorziet in vertegenwoordiging. In geval van een beperkte vertegenwoordigingsopdracht of bij uitdrukkelijke bepaling van een restbekwaamheid aan de beschermde persoon, blijft deze bekwaam om giften te doen (of een uiterste wilsbeschikking te maken), wanneer het voorwerp van de gift goederen zijn waarover de beschermde persoon nog onder bezwarende titel kan beschikken (in die

bewindvoerder slechts een beperkte bevoegdheid is gegeven of een opdracht tot het stellen van een welbepaalde rechtshandeling, evenals in het geval dat de beschermde persoon uitsluitend omwille van een lichamelijk onvermogen onder het voorlopig bewind is geplaatst.

IV. De schenking als dusdanig

A. De schenking kan enkel worden gedaan door de beschermde persoon

59. Het komt aan de beschermde persoon toe om de schenkingsakte te tekenen of de schenking te doen, en dit zonder bijstand van de voorlopige bewindvoerder. Dit volgt uit de tekst van art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek waar de wetgever stelt dat de *beschermde persoon* alleen kan schenken na machtiging door de vrederechter. De onvermijdelijke conclusie die men daaruit moet trekken is dat een schenking onder de levenden niet meer mogelijk is wanneer de vrederechter oordeelt dat de beschermde persoon niet langer gezond van geest is. In dat geval kan de voorlopige bewindvoerder, bij uitzondering overgaan tot gebruikelijke gelegenheidsgeschenken en aalmoezen, op voorwaarde dat deze in verhouding staan tot het vermogen van de beschermde persoon en dit zonder machtiging vanwege de vrederechter^{106 107}. Bovendien wordt aangenomen dat uitkeringen die door de beschermde persoon reeds vóór het bewind regelmatig werden gedaan en die als de verdere uitvoering van een natuurlijke verbintenis kunnen worden beschouwd, eveneens plaatsvervangend door de bewindvoerder uitbetaald mogen worden¹⁰⁸.

zin: F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAEEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 185).

¹⁰⁶ Ook vóór de wet van 3 mei 2003 bestond deze mogelijkheid al, maar was de situatie volledig verschillend. Onder de vroegere wetgeving, achtte de meerderheid van de rechtsleer een schenking totaal onmogelijk wanneer de vrederechter aan de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid had toegezegd. De in de rechtsleer aanvaarde uitzondering voor gelegenheidsgeschenken en aalmoezen was destijds dan ook de enige oplossing om aan dit strenge verbod van schenkingen te ontsnappen, terwijl de vrederechter nu schenkingen kan machtigen, althans in het geval dat de beschermde persoon op dat ogenblik gezond van geest is.

¹⁰⁷ W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992), *Not.Fisc.M.* 1993, 17-22; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP., "Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen", in SENAEEVE, P. (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 187; A. WYLLEMAN en K. BOONE, "De voor het notariaat relevante wijzigingen aan het voorlopig bewind", in X. (ed.), *Voorlopig bewind*, Brussel, Bruylant, 2004, 182.

¹⁰⁸ Vred. Kortrijk 16 augustus 1999, *RW* 2000-01, 667; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het

60. Hoewel het onverenigbaar is met de huidige tekst van de wet, machtigen sommige vrederechters toch de voorlopige bewindvoerder om de schenking te doen in geval de beschermde persoon niet gezond van geest is. Zo ook de vrederechter van Westerlo in zijn beschikking van 27 augustus 2004¹⁰⁹: ‘als de *animus donandi* van de beschermde persoon kan worden achterhaald, kan de voorlopige bewindvoerder worden gemachtigd om een schenking te doen’. De vrederechter ging *in casu* na wat de beschermde persoon zelf beslist zou hebben mocht die tijdelijk wilsgeschikt zijn, en baseert zich daarbij op vroegere verklaringen afgelegd door de beschermde persoon op een ogenblik dat hij wel nog gezond van geest was, waaruit een wens om te begiftigen bleek. Zo had de beschermde persoon in het verleden reeds meermaals een onroerend goed verkocht om de opbrengst daarvan te kunnen schenken aan zijn kinderen. Om die reden verleent de vrederechter dan ook machtiging aan de voorlopige bewindvoerder *ad hoc* om de opbrengst van een derde verkoop te schenken aan de kinderen van de beschermde persoon¹¹⁰.

61. Deze ontwikkeling is uitermate interessant omdat men terecht bezwaren kan maken bij het standpunt dat een schenking enkel door de beschermde persoon zelf kan worden gedaan, én op voorwaarde dat zijn gezondheid van geest op dat ogenblik (nog) niet aangetast is. Het aanhouden van een dergelijke opvatting heeft tot gevolg dat families met een persoon onder voorlopig bewind vaak in de onmogelijkheid zijn om een degelijke familiale vermogens- en successieplanning uit te werken, zelfs indien de beschermde persoon dat mogelijk zelf had gewild indien hij wilsgeschikt zou zijn¹¹¹.

62. Met het dreigende onheil die de huidige regeling teweeg kan brengen in het achterhoofd is het meer dan jammer dat de uitspraak van de vrederechter van Westerlo in de huidige stand van de rechtspraak en rechtsleer geen navolging kan krijgen, waardoor het aan de voorlopige bewindvoerder nog steeds niet toegestaan is om een schenking te doen in naam en voor rekening van de beschermde persoon, zelfs niet na machtiging door de vrederechter¹¹². Een tegenovergestelde zienswijze aanhangen zou niet alleen ingaan tegen

vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. *Capita selecta*”, in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 174-175.

¹⁰⁹ Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *RW* 2005-06, 36, noot F. SWENNEN, *T. Vred.* 2005, 498.

¹¹⁰ T. WUYTS, “Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. *Capita selecta*”, in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 175.

¹¹¹ F. SWENNEN, “De uitvoering van de *animus donandi* van de beschermde persoon onder voorlopig bewind” (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004), *RW* 2005-06, 38-39.

¹¹² T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 150; A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de

de aard van de rechtshandeling, maar vooral tegen de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever¹¹³. BAEL¹¹⁴ meent hieruit te kunnen afleiden dat de wetgever door het invoeren van art. 488bis, h) in het Burgerlijk Wetboek met de Wet van 3 mei 2003 dan ook duidelijk de kant heeft gekozen van de indertijd in de rechtspraak en rechtsleer heersende opvatting dat schenking bij vertegenwoordiging niet toegelaten is¹¹⁵.

B. De beoordeling door de notaris

63. Het is aangewezen niet al te veel tijd te laten verstrijken tussen het verkrijgen van de machtiging en het verlijden van de akte. Dit geldt des te meer, daar de machtiging de notaris niet vrijstelt van zijn verplichting om na te gaan of de schenker ten tijde van de eigenlijke schenking nog gezond van geest is. Hoe meer tijd er in tussentijd verlopen is, hoe groter de kans dat de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon reeds gewijzigd is¹¹⁶.

64. Er is geen enkele wettelijke verplichting die de notaris oplegt onderzoek te verrichten naar de wilsgeschiktheid van diegene die voor hem verschijnt om een notariële schenking te verrichten. Daarentegen is het wel een deontologische plicht van de notaris om zich te ervan te vergewissen dat de schenker over de vereiste wilsgeschiktheid beschikt, en dit op het ogenblik van het verlijden van de akte. Niettegenstaande hij dit niet van zijn cliënt kan eisen, zal de voorzichtige notaris, in geval van twijfel, de schenker verzoeken om een medisch getuigschrift af te leveren, waarin bevestigd wordt dat hij gezond van geest is¹¹⁷. Het is bijgevolg niet enkel de plicht, doch evenzeer het recht van de notaris om de voorwaarden

Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 29 en 38.

¹¹³ T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. Capita selecta", in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 175.

¹¹⁴ J. BAEL, "De actuele betekenis van het arrest van het Hof van Cassatie van 10 januari 2008 voor de rechtshandelingen uit het familiaal vermogensrecht betreffende personen onder voorlopig bewind", in W. PINTENS, J. DU MONGH en C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 250-251; J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 75. In diezelfde zin: W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 38.

¹¹⁵ Op deze problematiek wordt verder in deze bijdrage dieper ingegaan, cf. *infra* p. 58, nrs. 127-131.

¹¹⁶ N. LABEEUW, "Wet 3 mei 2003 op het voorlopig bewind", *Notariaat* 2004, afl. 4, 5; M.A. MASSCHELEN, *Schenking bij notariële akte*, Gent, Larcier, 2007, 29; B. VAN ROY, "Recente rechtspraak inzake de wilsgeschiktheid om te testen en het beroepsgeheim van de geneesheer", *T. Not.* 2007, 76.

¹¹⁷ Bergen 21 december 2004, *JLMB* 2005, 1784; C. DE BUSSCHERE, "Enkele aspecten van het beroep van notaris in het begin van de eenentwintigste eeuw", *RW* 2007-08, 469.

van art. 901 van het Burgerlijk Wetboek te toetsen, en desgevallend zijn ambt te weigeren indien de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon niet langer intact is¹¹⁸.

C. Vorm van de schenking

65. Naast de schenking in notariële vorm, die hier mijn inziens de beste optie is, kan de vrederechter ook machtiging verlenen voor het doen van een handgift¹¹⁹ of een onrechtstreekse schenking.

66. Niettegenstaande de vrederechter de schenking in notariële vorm niet kan opleggen, wanneer die notariële vorm niet vereist is om een geldige schenking tot stand te brengen, biedt zij diverse voordelen¹²⁰. Het voornaamste element die een notariële schenking vooropstaat is dat de notaris op het ogenblik van de schenking als dusdanig de gezondheid van geest van de beschermde persoon nog eens nagaat, opdat het minder waarschijnlijk zou zijn dat de schenking op grond van art. 901 van het Burgerlijk Wetboek wordt aangevochten¹²¹. Wanneer de vrederechter een termijn heeft opgelegd waarbinnen de schenking moet worden gedaan, heeft de notariële vorm ook het voordeel dat met zekerheid kan worden vastgesteld op welk ogenblik de schenking is gebeurd¹²².

67. Wat de vorm van de schenking betreft, wijst BAEL er nog op dat er bij de keuze van de vorm tevens rekening moet worden gehouden met de fiscale implicaties van die keuze. Om die reden zal men bij de schenking vaak niet voor een Belgische notariële akte kiezen. BAEL vindt het dan ook maar vanzelfsprekend dat ook de vrederechter die fiscale implicaties in rekening brengt¹²³.

¹¹⁸ M. GOVAERTS, "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, 249.

¹¹⁹ F. SWENNEN, "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-05, 10.

¹²⁰ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183.

¹²¹ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 184.

¹²² Dit laatste voordeel dient evenwel genuanceerd te worden nu men ook bij een onrechtstreekse schenking of handgift een semi-vaste datum kan bekomen.

¹²³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 71-72.

V. Termijn tussen de machtiging en de schenking

68. Bij het doen van een schenking is het aangewezen om niet al te veel tijd te laten verstrijken tussen de beschikking waarin de vrederechter machtiging heeft verleent om te schenken en de schenking zelf¹²⁴. Daar de vrederechter oordeelt over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon en het niet uitgesloten is dat de helderheid van geest vermindert naarmate de tijd verstrijkt, is het aan de vrederechter toegestaan om een bepaalde termijn aan zijn machtiging te verbinden, binnen dewelke de schenking dient te worden uitgevoerd¹²⁵. Het opleggen van een termijn blijkt met name zeer nuttig te zijn wanneer het géén notariële schenking betreft, vermits er dan geen controle van de gezondheid van geest meer plaatsvindt door de notaris op het ogenblik van het opmaken van de schenkingsakte¹²⁶.

VI. Latere wijzigingen aan de schenking

69. Het is niet ondenkbaar dat de beschermde persoon op een later ogenblik wijzigingen wil aanbrengen aan een eerder door hem gedane schenking. Men denke bijvoorbeeld aan de hypothese waarin de beschermde persoon wenst te verzaken aan een last, of afstand wil doen van een voorwaarde die oorspronkelijk in zijn voordeel was opgenomen in de schenkingsakte. Of aan de hypothese waarin de beschermde persoon wil verzaken aan een eerder door hem conventioneel recht van terugkeer. Wie moet dan in die wijzigingen toestemmen? Behoort dit tot de bevoegdheid van de beschermde persoon of van de voorlopige bewindvoerder? En is daarvoor een machtiging vanwege de vrederechter vereist? Ook hieromtrent leven er in de rechtsleer verschillende ideeën:

¹²⁴ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 76; A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 244.

¹²⁵ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 37; T. WUYTS, "Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. Capita selecta", in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 178.

¹²⁶ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 77.

70. Zo meent DE WILDE D'ESTMAEL dat een wijziging aan een eerder gedane schenking steeds tot de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder behoort¹²⁷.

71. BAEL bekijkt de situatie daarentegen iets genuanceerder, en maakt gewag van verschillende hypothesen¹²⁸:

Wanneer de wijziging aan de schenkingsakte een voordeel inhoudt voor de begiftigde en er een intentie om te begiften waarneembaar is, vallen we onder de toepassing van art. 488*bis*, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek. De wijziging zelf is in deze hypothese als een schenking te beschouwen. Bijgevolg zal de beschermde persoon, met de nodige wilsgeschiktheid, zelf moeten optreden na machtiging door de vrederechter. Ontbreekt het begiftigingsmotief, dan is het echter uitgesloten dat de beschermde persoon op grond van dit artikel kan optreden.

Een tweede mogelijkheid bestaat erin dat een wijziging wordt aangebracht in het voordeel van de beschermde persoon, doch zonder tegenprestatie. De kwalificatie als een schenking door de beschermde persoon is hier niet mogelijk. Eventueel kan de wijziging zonder tegenprestatie vanwege de beschermde persoon aangemerkt worden als een schenking aan de beschermde persoon, hetgeen het bestaan van een *animus donandi* veronderstelt. De voorlopige bewindvoerder zal in dat geval moeten optreden na machtiging door de vrederechter, ingevolge art. 488*bis*, f), §3, lid 2, f) van het Burgerlijk Wetboek.

Een derde en laatste hypothese die door BAEL gemaakt wordt, handelt over de wijziging die zowel in het voordeel van de schenker, als in het voordeel van de begiftigde wordt aangebracht, en waarbij men bedoelde wijziging als een overeenkomst onder bezwarende titel kan beschouwen. Ook in dat geval behoort de wijziging tot de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder. Voor de afstand van rechten door de beschermde persoon zal men machtiging vragen aan de vrederechter, en dit op grond van art. 488*bis*, f), §3, lid 2, b) van het Burgerlijk Wetboek.

¹²⁷ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "L'administration provisoire et la banque", in *Bank en familie*, Brussel, Bruylant, 2006, 71.

¹²⁸ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 77-78.

VII. Sancties

72. Is de beschermde persoon tot een schenking overgegaan zonder de nodige machtiging vanwege de vrederechter, dan kan de nietigverklaring van de schenking worden gevorderd¹²⁹.

Ofschoon art. 488*bis*, i) van het Burgerlijk Wetboek handelt over de handelingen die de beschermde persoon heeft verricht in strijd met art. 488*bis*, f) van het Burgerlijk Wetboek en dit laatste artikel geen betrekking heeft op de schenking, is de rechtsleer van oordeel dat art. 488*bis*, i) van het Burgerlijk Wetboek niettemin van toepassing is¹³⁰.

73. Gelet op het feit dat het een relatieve nietigheid betreft, kan de nietigverklaring van de schenking niet alleen gevorderd worden door de beschermde persoon zelf en de voorlopige bewindvoerder¹³¹, door de erfgenamen, de algemene legatarissen en legatarissen ten algemene titel van de beschermde persoon (na zijn overlijden)¹³², maar ook door zijn schuldeisers met toepassing van art. 1166 van het Burgerlijk Wetboek¹³³. Op grond van art. 488*bis*, j) van het Burgerlijk Wetboek geldt een verjaringstermijn van vijf jaar, te rekenen vanaf het moment dat de onder voorlopig bewind gestelde persoon van de desbetreffende handeling kennis heeft gekregen of vanaf de betekening die hem ervan is gedaan nadat de opdracht van de voorlopige bewindvoerder beëindigd is. Indien de beschermde persoon overleden is voordat de verjaringstermijn is beginnen te lopen, vangt de termijn voor de erfgenamen aan vanaf het tijdstip waarop zij kennis hebben gekregen van de rechtshandeling of vanaf de betekening die hen ervan is gedaan. Doch ook na afloop van deze termijn, kunnen de beschermde persoon of diens erfgenamen gedurende een termijn van tien jaar schadevergoeding vorderen van een medecontractant ter kwader trouw¹³⁴.

¹²⁹ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 153.

¹³⁰ W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 38.

¹³¹ T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 153; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 38.

¹³² A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43.

¹³³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 79.

¹³⁴ Art. 488*bis*, j) B.W.; M.A. MASSCHELEN, *Schenking bij notariële akte*, Gent, Larcier, 2007, 30.

74. Heeft de beschermde persoon de schenking daarentegen gedaan met machtiging van de vrederechter, dan kan de nietigverklaring niet langer worden gevorderd wegens onbekwaamheid. Zij kan evenwel nog steeds worden gevorderd op grond van het gemeen recht wegens de ongezondheid van geest, omdat het niet onwaarschijnlijk is dat de beschermde persoon nog steeds wilsgeschikt is op het ogenblik van de machtiging, doch dat niet meer is op het ogenblik van de eigenlijke schenking¹³⁵. Moet wel opmerken dat een dergelijke vordering tot nietigverklaring weinig kans op welslagen zal hebben wanneer de schenkingsakte kort na de machtiging wordt verleden. De kans op succes is nog minder groot wanneer de vrederechter de beschermde persoon gezond van geest heeft verklaard en de notaris bij de notariële schenking dezelfde mening was toegedaan¹³⁶. Het kan dan ook niet genoeg benadrukt worden om niet te veel tijd verloren te laten gaan tussen het verkrijgen van de machtiging en het doen van de schenking. Tenslotte kan de gift ook worden aangevochten op grond van captatie en suggestie¹³⁷.

Afdeling 2: Het testament

§1. De periode vóór de inwerkingtreding van de Wet van 3 mei 2003

75. Vóór de Wet van 3 mei 2003 hing een grote meerderheid van de rechtsleer de stelling aan dat de persoon die onder voorlopige bewind was geplaatst een geldig testament kon maken indien hij op dat ogenblik gezond van geest was, vermits de voorlopige bewindvoerder op dit vlak geen enkele bevoegdheid had en de beschermde persoon zichzelf niet kon schaden, doch enkel zijn erfgenamen¹³⁸. Voorts oordeelde men dat de beschermde

¹³⁵ W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 38.

¹³⁶ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 79.

¹³⁷ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 38; T. WUYTS, *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 193.

¹³⁸ F. BLONTROCK, "De voorlopige bewindvoerder: de Wet van 18 juli 1991", *T.Not.* 1992, 116; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *RW* 1991-92, 178; W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni

persoon slechts handelingsonbekwaam werd in de mate dat er aan de voorlopige bewindvoerder ingevolge de wet (meer) bevoegdheden werden toegekend.¹³⁹

Was de beschermde persoon daarentegen niet (langer) gezond van geest, dan nog was het aan de voorlopige bewindvoerder niet toegestaan om in naam en voor rekening van de persoon onder voorlopig bewind een testament op te maken¹⁴⁰. Ook de voorlopige bewindvoerder met een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid had daar het recht niet toe¹⁴¹.

76. Doch niet iedereen was het daarmee eens, waaronder DE MEUTER die het standpunt verdedigde dat de beschermde persoon slechts een geldig testament kon maken, indien de vrederechter aan de voorlopige bewindvoerder bepaalde welomschreven bevoegdheden had toegekend¹⁴².

PUELINCKX-COENE bekeek de situatie bovendien vanuit nog een ander, eerder genuanceerd, perspectief. Zij maakte een daartoe een onderscheid tussen verschillende hypothesen: enerzijds de hypothese dat de vrederechter aan de voorlopige bewindvoerder een algemene bewindsbevoegdheid had toegekend, eventueel met uitzonderingen voor welbepaalde rechtshandelingen, en anderzijds de hypothese dat de voorlopige bewindvoerder slechts een beperkte bewindbevoegdheid had gekregen of slechts een opdracht om de beschermde persoon bij te staan voor welbepaalde rechtshandelingen. In de

1992), *Not.Fisc.M.* 1993, 21; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 39.

¹³⁹ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die keure, 2004, 39. *Contra*: F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 178. SWENNEN was immers van mening dat de beschermde persoon slechts geheel vermogensrechtelijk onbekwaam wordt, wanneer de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsopdracht heeft verkregen.

¹⁴⁰ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44.

¹⁴¹ W. PINTENS en A. VERBEKE, "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *RW* 1991-92, 177; W. PINTENS, "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992), *Not.Fisc.M.* 1993, 18.

¹⁴² S. DE MEUTER, "De nieuwe wetgeving m.b.t. de bescherming van de persoon en de goederen van de geesteszieke", *Waarvan Akte* 1991, 186.

eerste hypothese kon de beschermde volgens haar géén testament opmaken; in de tweede hypothese kon hij dat wel, op voorwaarde dat hij gezond van geest was¹⁴³.

77. Ook de rechtspraak werd onverbiddelijk in de discussie meegezogen. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik in zijn arrest van 19 mei 2004 dat een persoon onder voorlopig bewind een geldig testament kon maken, op voorwaarde dat die persoon gezond van geest was¹⁴⁴. Deze opvatting kreeg nadien ook navolging in tal van arresten waaronder het arrest van 18 oktober 2005 van het Hof van Beroep te Bergen dat stelde dat de persoon onder voorlopig bewind zijn bekwaamheid behield om een geldig testament te maken, op voorwaarde dat hij gezond van geest was¹⁴⁵.

In een vonnis van de Rechtbank van Hasselt van 13 april 2005¹⁴⁶ en in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 27 juni 2006¹⁴⁷ werd daarentegen geoordeeld dat een persoon onder voorlopig bewind voor alle rechtshandelingen onbekwaam was, dus ook voor het opmaken van een testament, wanneer aan de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid was toegekend.

78. Uiteindelijk maakte het Hof van Cassatie in haar arrest van 10 januari 2008 een einde aan de onenigheid in het voordeel van de toenmalige meerderheidsopvatting, door te oordelen dat een persoon onder voorlopig bewind, ook vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003 een testament kon maken indien hij gezond van geest was, en dit ongeacht of er aan de voorlopige bewindvoerder een algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid was toegekend¹⁴⁸. In één van haar doorslaggevende overwegingen herinnert zij dan ook aan de initiële bedoeling van het statuut van de voorlopige bewindvoering, zijnde de bescherming van de goederen van de beschermde persoon gedurende zijn leven, om er vervolgens op te wijzen dat het testament de periode ná het overlijden betreft, en de beschermde persoon derhalve niet kan benadelen¹⁴⁹.

¹⁴³ M. PUELINCKX-COENE, "Art. 902 B.W.", in X. (ed.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl., 6-7.

¹⁴⁴ Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483, noot.

¹⁴⁵ Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gén,enr.not.* 2007, 186, *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889.

¹⁴⁶ Rb. Hasselt 13 april 2005, *Not.Fisc.M.* 2008, 166, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

¹⁴⁷ Brussel 27 juni 2006, *Not.Fisc.M.* 2008, 165, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

¹⁴⁸ A. VAN DEN BOSSCHE, "Een oude discussie opgelost (noot onder Hof van Cassatie 10 januari 2008), *Notariaat* 2008, 170.

¹⁴⁹ Cass. 10 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, 165, noot A. VAN DEN BOSSCHE; *RW* 2008-09, 496, noot W. PINTENS; *TBBR* 2009, 247, noot P. DELNOY.

§2. Het huidige recht: een persoon onder voorlopig bewind kan een testament of een andere uiterste wilsbeschikking maken met machtiging van de vrederechter indien hij gezond van geest is

I. Inleiding

79. Ook hier bracht de Wet van 3 mei 2003 meer duidelijkheid dan voorheen, door een einde te stellen aan de diverse uiteenlopende theorieën die bestonden over de (on)mogelijkheid voor de persoon onder voorlopig bewind om een testament te maken.

80. Overeenkomstig artikel 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon thans slechts geldig een uiterste wilsbeschikking maken na machtiging, op zijn verzoek, door de vrederechter. Net als bij de schenking, oordeelt de vrederechter daarbij over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon.

II. Het begrip uiterste wilsbeschikking

81. Zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, gedurende dewelke men de term “testamentair beschikken” omwille van de juridische duidelijkheid vervangen heeft door het concept “uiterste wilsbeschikking”, heeft men aan de term uiterste wilsbeschikking een ruimere betekenis willen geven dan enkel het testament¹⁵⁰. Dit wordt verder onderbouwd in de verantwoording bij het amendement van de regering, waarbij de nieuwe terminologie werd ingevoerd, waarin wordt gesteld dat het begrip “uiterste wilsbeschikking” inderdaad een bredere betekenis zou hebben dan het begrip “testamentaire beschikking”¹⁵¹.

Daaruit kan men afleiden dat de term “uiterste wilsbeschikking” niet alleen de lading testamenten dekt, doch ook de contractuele erfstelling¹⁵² die niet is opgenomen in een huwelijkscontract of een akte houdende wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel,

¹⁵⁰ Zie voor de oorspronkelijke tekst: Commissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-107/13, 14; *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-107/14, 14.

¹⁵¹ Amendement nr. 102 van de regering, *Parl. St.* Senaat, 2002-03, nr. 2-1087/6, 10-11.

¹⁵² F. SWENNEN, “De hervorming van het voorlopig bewind”, in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 180, die elke gift met uitwerking na het overlijden onder het begrip uiterste wilsbeschikking plaatst. *Contra*: C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 326-327.

evenals de contractuele erfstelling opgenomen in een huwelijkscontract of een akte wijziging¹⁵³.

82. Indien we te maken hebben met een contractuele erfstelling opgenomen in een huwelijkscontract of een akte wijziging, kunnen we ons de vraag stellen of de voorwaarden van de artikelen 488*bis*, h), §2 en 488*bis*, h), §3¹⁵⁴ van het Burgerlijk wetboek cumulatief vervuld dienen te worden. Het verbaast u allicht niet dat de rechtsleer hieromtrent wederom verdeeld is.

Zo is onder andere MAELFAIT¹⁵⁵ van oordeel dat de paragrafen 2 én 3 moeten worden toegepast wanneer het huwelijkscontract of de akte wijziging een uiterste wilsbeschikking of een schenking bevat, terwijl DE WULF meent dat men voor een contractuele erfstelling vervat in een huwelijkscontract of in een akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel enkel een machtiging nodig heeft op grond van art. 488*bis*, h), §3 van het Burgerlijk Wetboek¹⁵⁶.

Vermits art. 488*bis*, h), §3 aanvangt met de woorden “onverminderd §2” lijkt het mij enigszins duidelijk dat er ingeval van een contractuele erfstelling vervat in een huwelijkscontract of akte wijziging zowel voldaan moet worden aan de voorwaarden van art. 488*bis*, h), §2 én §3 van het Burgerlijk Wetboek. Dit heeft tot gevolg dat de voorlopige bewindvoerder nooit dergelijke clausules in het huwelijkscontract of de wijzigingsakte kan opnemen, doch enkel de beschermde persoon dat kan¹⁵⁷.

¹⁵³ J. BAEL, “Erfenissen, schenkingen en testamenten”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, Die Keure, 2004, 151.

¹⁵⁴ Art. 488*bis*, h), §3 van het Burgerlijk Wetboek schrijft voor dat de beschermde persoon een huwelijkscontract of akte wijziging kan tekenen met bijstand van de voorlopige bewindvoerder en na machtiging van de vrederechter op basis van het door de notaris opgestelde ontwerp. In bijzondere gevallen kan de vrederechter de voorlopige bewindvoerder echter machtigen om alleen op te treden.

¹⁵⁵ A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 46. In dezelfde zin: A. WYLLEMAN, “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht”, in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 245.

¹⁵⁶ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 327. Dit standpunt leidt er echter toe dat de vrederechter machtiging kan verlenen aan de voorlopige bewindvoerder om in een huwelijkscontract of een akte wijziging een contractuele erfstelling op te nemen, vanwege de beschermde persoon in het voordeel van de echtgeno(o)t(e) van de beschermde persoon, en het niet vereist is dat de zonder dat de persoon onder voorlopig bewind daarvoor tekent of gezond van geest is.

¹⁵⁷ J. BAEL, “Erfenissen, schenkingen en testamenten”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, Die Keure, 2004, 153.

83. Net als bij de schenkingen, rijst de vraag of ook de herroeping van een testament of contractuele erfstelling onder de notie “uiterste wilsbeschikking” kan worden gebracht? Het antwoord luidt positief.

Een testament kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend herroepen worden. Enerzijds kan een testament expliciet worden herroepen in een nieuw testament of in iedere (andere) notariële akte. Zoiets vergt een machtiging vanwege de vrederechter¹⁵⁸. Wordt het testament herroepen in een testament, dan volstaat een machtiging voor het opmaken van een testament als dusdanig¹⁵⁹. Een bijkomende machtiging om de vroegere uiterste wilsbeschikkingen te herroepen is derhalve niet vereist. Anderzijds kan de herroeping van een testament ook stilzwijgend plaatsvinden, door een testament¹⁶⁰ van recentere datum op te maken (of door een contractuele erfstelling¹⁶¹) waarvan de inhoud geheel of gedeeltelijk onverenigbaar is met een vroeger testament, door de vervreemding van de gelegateerde zaak¹⁶², of door de vernietiging van het testament. Stuur men aan op de stilzwijgende herroeping door middel van een testament, dan heeft men ontegensprekelijk de machtiging vanwege de vrederechter nodig. Hetzelfde geldt volgens BAEL wanneer de stilzwijgende herroeping voortvloeit uit de vernietiging van het testament¹⁶³. Wordt het gelegateerde goed zonder machtiging vervreemd, dan kan er geen sprake zijn van een stilzwijgende herroeping van het testament. De vervreemding van het goed als dusdanig zal geldig zijn wanneer zij is gebeurd door de voorlopige bewindvoerder met machtiging van de vrederechter, doch zij kan niet als stilzwijgende herroeping van het testament gelden¹⁶⁴. Dit heeft tot gevolg dat, wanneer de vervreemding om eender welke reden nietig zou blijken en het goed in het vermogen van de beschermde persoon zou zijn teruggekeerd, het legaat toch uitvoering zal kunnen krijgen doordat het testament nooit stilzwijgend is herroepen. Daartegenover staat dat wanneer de vervreemding wél geldig is gebeurd, het legaat niettemin geen effect zal

¹⁵⁸ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325.

¹⁵⁹ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 41. *Contra*: C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325, die de overweging maakt om in het verzoekschrift tot machtiging voor het opmaken van een testament tevens machtiging te vragen om alle vroegere uiterste wilsbeschikkingen die de beschermde persoon heeft gemaakt geheel of gedeeltelijk te herroepen.

¹⁶⁰ Art. 1036 B.W.

¹⁶¹ Brussel 1 maart 1938, *Pas.* 1939, II, 109; Brussel 24 maart 1965, *Pas.* 1968, II, 92.

¹⁶² Art. 1038 B.W.

¹⁶³ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 42.

¹⁶⁴ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 43.

ressorteren, omwille van het feit dat het legaat met toepassing van art. 1042 van het Burgerlijk Wetboek vervallen is wegens het verlies van de vermaakte zaak¹⁶⁵. Men bekomt aldus hetzelfde resultaat als de stilzwijgende herroeping, ongeacht of men al dan niet machtiging van de vrederechter heeft bekomen overeenkomstig art. 488*bis*, h) van het Burgerlijk Wetboek.

Hoe de herroeping van een contractuele erfstelling dient te gebeuren, blijkt daarentegen niet duidelijk uit het Burgerlijk Wetboek, nu art. 1035 niet van toepassing is op deze rechtsfiguur¹⁶⁶, noch op de daarop volgende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de herroeping van testamenten. Daaruit volgt dat de uitdrukkelijke herroeping van de contractuele erfstelling die niet opgenomen is in een huwelijkscontract of akte wijziging aan het huwelijksvermogensstelsel, aan geen enkele formaliteit onderworpen is. Er is met andere woorden een geldig uitdrukkelijke herroeping wanneer de verzoeker op eender welke manier met zoveel woorden laat weten dat hij de erfstelling wenst te herroepen¹⁶⁷. De herroeping van de contractuele erfstelling kan daarnaast ook stilzwijgend gebeuren door elke handeling van de verzoeker waaruit zijn bedoeling blijkt om de contractuele erfstelling teniet te doen¹⁶⁸. Ook hier is de uitdrukkelijke of stilzwijgende herroeping maar mogelijk mits machtiging van de vrederechter.

84. Een andere vraag stelt zich met betrekking tot de hoedanigheid van de legataris. Kan de beschermde persoon een testament maken in het voordeel van de voorlopige bewindvoerder? Art. 902 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat alle personen kunnen verkrijgen bij testament, uitgezonderd diegenen die de wet daartoe onbekwaam heeft verklaard. Vermits er geen uitdrukkelijke bepaling bestaat die de voorlopige bewindvoerder onbekwaam verklaart om een legaat vanwege de beschermde persoon te aanvaarden, dient aangenomen te worden dat dit inderdaad mogelijk is. Ook de toepassing van art. 488*bis*, h), §1, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, die de voorlopige bewindvoerder verbiedt om, buiten de in het eerste lid van dat artikel vermelde bezoldigingen, enige bezoldiging of enig voordeel, van welke aard ook of van wie ook, te ontvangen met betrekking tot het uitoefenen van het gerechtelijk mandaat van voorlopige bewindvoerder, verhindert de voorlopige bewindvoerder niet om een schenking of legaat te aanvaarden van de persoon onder voorlopig bewind,

¹⁶⁵ Bergen 16 januari 1980, *Pas.* 1980, II, 40; *Rev.not.b.* 1980, 312.

¹⁶⁶ M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 174.

¹⁶⁷ M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 173. Ook wanneer de verzoeker de herroeping wou doen in de vorm van een testament, en dit testament om eender welke reden dan ook ongeldig blijkt te zijn, zal de herroeping in dit ongeldige testament in principe een geldige herroeping zijn (J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 43).

¹⁶⁸ M. VAN QUICKENBORNE, *Contractuele erfstelling* in *APR*, Gent, Story-Scientia, 1991, 173.

weliswaar nadat de vrederechter die persoon onder voorlopig bewind heeft gemachtigd om een schenking te doen of een testament te maken. Dit omwille van de assumptie dat art. 488bis, h), §1, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek enkel betrekking heeft op de vergoedingen en voordelen die verband houden met de uitoefening van de opdracht van voorlopige bewindvoerder¹⁶⁹. Overigens werd ook tijdens de parlementaire voorbereidingen geëxpliciteerd dat het voor de beschermde persoon mogelijk is om schenkingen te doen aan zijn voorlopige bewindvoerder¹⁷⁰.

III. De machtigingsbeslissing

A. Het verzoek tot machtiging moet uitgaan van de beschermde persoon

85. Het verzoek tot machtiging voor het opmaken van een testament moet uitgaan van de beschermde persoon zelf, en niet van de voorlopige bewindvoerder¹⁷¹. Ondanks het feit dat volgens de letter van de wet enkel de beschermde persoon het verzoek tot machtiging tot de vrederechter kan richten, evenzo wanneer de voorlopige bewindvoerder belast is met diens de vertegenwoordiging in rechte, draait dit in de praktijk vaak anders uit. Zo heb ik bij de bespreking van de schenking reeds gewezen op het feit dat nogal wat vrederechters geneigd zijn om een verzoekschrift uitgaande van de voorlopige bewindvoerder toch ontvankelijk te verklaren^{172 173}; een zienswijze die enkel gerechtvaardigd kan worden door het verzoekschrift te aanzien als uitgaande van de beschermde persoon zelf, die zich hiervoor laat bijstaan door de voorlopige bewindvoerder, als zijn raadsman.

¹⁶⁹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 53.

¹⁷⁰ *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/7, 43: "Waar nodig blijft het voor de beschermde persoon dan ook mogelijk de voorlopige bewindvoerder of diens naasten te bevoordelen door schenking".

¹⁷¹ Art. 488bis, h), §2, lid 1 B.W.; C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 332; W. PINTENS, "De testeeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 1004), *RW* 2004-05, 518; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 527.

¹⁷² *Cf. supra* p. 16-17, nr. 35.

¹⁷³ Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494-497; Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562-564.

B. De omstandige geneeskundige verklaring

86. De machtiging wordt gevraagd bij eenzijdig verzoekschrift (dat ondertekend kan worden door de verzoeker zelf¹⁷⁴), overeenkomstig de artikelen 1026 tot 1034 van het Gerechtelijk Wetboek, met in de bijlage een omstandige geneeskundige verklaring van hoogstens vijftien dagen oud¹⁷⁵.

87. Zoals gezegd¹⁷⁶ bericht de omstandige geneeskundige verklaring over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon, en vermeldt zij of de beschermde persoon zich kan verplaatsen, en in het bevestigende geval, of dit gelet op zijn (psychische) toestand aangewezen is¹⁷⁷. Dat de verklaring omstandig dient te zijn, heeft tot gevolg dat een loutere verklaring dat de beschermde persoon niet langer in staat is zijn goederen te beheren, niet in overeenstemming is met de wettelijke voorwaarden, en doorgaans tot de ontonvankelijkheid van de vordering leidt¹⁷⁸. Een voldoende duidelijke en ruime uiteenzetting van de stoornissen van de betrokkene is dan ook geboden, zeker nu de omstandige geneeskundige verklaring de vrederechter in staat moet stellen zich een duidelijk beeld te vormen van de wilsgeschiktheid van de testator-beschermde persoon.

88. De verklaring mag niet worden opgesteld door een arts die een bloed- of aanverwant is van de beschermde persoon, en evenmin door een arts die op enigerlei wijze verbonden is aan de instelling waar de beschermde persoon zich bevindt¹⁷⁹. Zo oordeelde de vrederechter van Brugge in zijn beschikking van 28 oktober 2004 dat de geneeskundige verklaring niet kan worden opgesteld door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon tijdelijk is opgenomen. Wordt de geneeskundige verklaring daarentegen opgemaakt door een arts verbonden aan het ziekenhuis waar de beschermde persoon louter is onderzocht, doch zonder aldaar gehospitaliseerd te zijn, dan stelt er zich geen probleem¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Art. 488bis, h), §2, lid 3 B.W. wijkt op dit punt af van art. 1026, 5° en art. 1027, lid 1 van het Gerechtelijk Wetboek. Het verzoekschrift kan weliswaar nog altijd ondertekend worden door een raadsman, vermits art. 488bis, h), §2, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek in afwijking van art. 1026, 5° van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de handtekening van de verzoeker 'volstaat'.

¹⁷⁵ Art. 488bis, h), §2, lid 6 verklaart art. 488bis, b), §6 van toepassing, dat betrekking heeft op de omstandige geneeskundige verklaring die gevoegd wordt bij het verzoekschrift tot aanstelling van een voorlopige bewindvoerder.

¹⁷⁶ Cf. *supra* p. 17, nr. 37.

¹⁷⁷ Art. 488bis, b), §6, lid 2 B.W.

¹⁷⁸ Vred. Roeselare, 16 september 1993, *RW* 1993-94, 683; A. WYLLEMAN, "Art. 488bis, b) B.W.", in X. (ed.), *Personen- en Familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl.

¹⁷⁹ Art. 488bis, b), §6, lid 3 B.W.

¹⁸⁰ Vred. Brugge 28 oktober 2004, *TGR-TWVR* 2007, 182; *T. Vred.* 2005, 283.

89. Behoudens in spoedeisende gevallen, moet de geneeskundige verklaring op straffe van onontvankelijkheid bij het verzoekschrift tot machtiging worden gevoegd¹⁸¹. Is het verzoekschrift niet vergezeld van een geneeskundige verklaring, dan zal de vrederechter nagaan of hiervoor gegronde redenen van dringendheid bestaan. In bevestigend geval, vraagt de vrederechter binnen een termijn van acht dagen na de datum waarop hij het machtigingsverzoek heeft ontvangen, dat de verzoeker hem alsnog een omstandige geneeskundige verklaring bezorgt¹⁸².

90. Anders dan bij schenkingen het geval is, is het bij de regeling inzake testamenten niet gebruikelijk dat er bij het verzoekschrift tot machtiging, benevens de omstandige geneeskundige verklaring ook nog een ontwerpakte van het testament gevoegd wordt gevoegd¹⁸³. De vrederechter machtigt namelijk niet tot het maken van een testament met een bepaalde inhoud, doch machtigt enkel tot het maken van een testament of uiterste wilsbeschikking¹⁸⁴. Dit betekent dan ook dat, indien de vrederechter oordeelt dat de beschermde persoon wilsgeschikt is, hij de inhoud van zijn testament volledig vrij kan bepalen.

91. Voor de diverse problemen die er in het verleden reeds met betrekking tot de geneeskundige verklaring zijn gerezen en waarover de rechtspraak vervolgens uitspraak heeft gedaan, verwijs ik graag naar mijn uiteenzetting omtrent de omstandige geneeskundige verklaring in het kader van de schenkingen¹⁸⁵.

C. De beoordeling door de vrederechter

92. Overeenkomstig art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek kan de beschermde persoon onder de huidige regeling op een geldige wijze een testament opmaken, na daartoe

¹⁸¹ Art. 488*bis*, b), §6, lid 1 B.W.

¹⁸² K. BOONE, "Het voorlopig bewind hervormd", *Waarvan Akte* 2004, 4-5; K. ROTTHIER, *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, 36; F.-J. WARLET, *L'administration provisoire des biens. Manuel pratique de l'administration provisoire des biens de personnes vulnérables*, Waterloo, Kluwer, 2008, 28.

¹⁸³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 52; C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325.

¹⁸⁴ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562. In dezelfde zin: A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 222.

¹⁸⁵ *Cf. supra* p. 17-19, nrs. 38 en 40.

gemachtigd te zijn door de vrederechter. De vrederechter beoordeelt daarbij de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon, zonder ook maar enige aandacht te besteden aan de financiële behoeften van de beschermde persoon of zijn onderhoudsgerechtigden; een afweging die de vrederechter wél maakt wanneer hij verzocht wordt om machtiging te verlenen met het oog op het doen van een schenking.

1) De wilsgeschiktheid of de gezondheid van geest

93. Net zomin als dit het geval was bij schenkingen, is er ook geen reden om naar aanleiding van het opmaken van een testament, op het vlak van de toestemming strengere eisen te stellen aan een persoon onder voorlopig bewind dan aan ieder ander. Aan de term 'wilsgeschiktheid' moet dan ook dezelfde waarde gehecht worden als aan de uitdrukking 'gezondheid van geest', waarvan sprake is in art. 901 van het Burgerlijk Wetboek¹⁸⁶, met als gevolg dat de vrederechter de machtiging zal verlenen wanneer hij tot de slotsom komt dat de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon op het ogenblik dat hij het testament wenst op te maken nog steeds intact is¹⁸⁷, doch de machtiging zal weigeren wanneer hij daarentegen van oordeel is dat de beschermde persoon op datzelfde ogenblik niet langer gezond van geest is in de zin van art. 901 van het Burgerlijk Wetboek¹⁸⁸.

94. De vrederechter zal zich bij deze inschatting onder meer laten leiden door de omstandige geneeskundige verklaring die bij het verzoekschrift tot machtiging werd gevoegd. Ook wordt in sommige rechtspraak de inhoud van het testament in acht genomen¹⁸⁹. Daarnaast beschikt de vrederechter over de mogelijkheid om een geneesheer-deskundige aan te stellen, die advies moet uitbrengen over de gezondheidstoestand van de beschermde persoon¹⁹⁰. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat de geneesheer-deskundige slechts adviseert, en het de vrederechter is die zich finaal over de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon dient uit te spreken. Alles bijeengenomen is het dan ook maar logisch dat de vrederechter niet gehouden is het advies van de arts te volgen, indien hijzelf een

¹⁸⁶ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 48; J. BAEL, "Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 177-178.

¹⁸⁷ Zie Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS; Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494.

¹⁸⁸ Zie Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 495; Vred. Sint-Truiden 7 september 2005, *RW* 2006-07, 377.

¹⁸⁹ Cf. *infra* p. 47, nr. 99.

¹⁹⁰ Art. 488bis, h), §2, lid 4 B.W.

andere mening is toegedaan. Als laatste hulpmiddel kan de vrederechter ook nog alle informatie inwinnen en eenieder ten dien doeleinde bij gerechtsbrief oproepen om te worden gehoord¹⁹¹. Ofschoon de vrederechter in deze context niet verplicht is om ook de voorlopige bewindvoeder op te roepen¹⁹², zal hij dit in de praktijk veelal doen.

95. Anders dan bij de schenkingen, waar ook de financiële behoeften van de beschermde persoon en zijn onderhoudsgerechtigden een cruciale factor uitmaken in de beoordeling van de vrederechter, geldt hier als uitgangspunt dat de vrederechter de machtiging énkél kan weigeren indien hij meent dat de persoon onder voorlopig bewind niet gezond van geest is¹⁹³.

96. Om al te veel herhaling te vermijden én te verhinderen dat deze bijdrage al te omvangrijk wordt, verwijs ik voor een meer diepgaande behandeling van de wilsgeschiktheid of de gezondheid van geest, met inbegrip van het bewijs van de (on)gezondheid van geest van de beschermde persoon, opnieuw naar het onderdeel dat handelt over de schenking¹⁹⁴.

2) De inhoud van het testament

97. De vrederechter machtigt niet tot het opmaken van een testament met een bepaalde inhoud. Hetzelfde principe vinden we terug in een vonnis van de vrederechter van Zelzate van 21 november 2006 dat voorschrijft dat de vrederechter enkel machtigt tot het maken van een testament of uiterste wilsbeschikking, doch zich ervan weerhoudt uitspraak te doen over de inhoud van het testament of de uiterste wilsbeschikking¹⁹⁵. Wanneer de vrederechter

¹⁹¹ Art. 488bis, h), §2, lid 5 B.W.; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 181.

¹⁹² W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de Wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 39; K. ROTTHIER, *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, 87; A. WYLLEMAN, "Familiaal vermogensrecht", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 5*, Brugge, Die Keure, 2003, 22; A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 243.

¹⁹³ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 181-182.

¹⁹⁴ Cf. *supra* p. 20-24, nrs. 45-50.

¹⁹⁵ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562. In dezelfde zin: A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoeder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 222.

vermoedt dat de beschermde persoon wilsgeschikt is, zal deze de inhoud van zijn testament volledig vrij kunnen bepalen. Verder laat ook de tekst van de wet geen ruimte voor een andersluidende interpretatie¹⁹⁶.

In de meeste uitspraken van vrederechters vinden we dan ook geen enkele bepaling terug die verband houdt met de inhoud van het testament¹⁹⁷.

98. Wederom krijgt de wetgever tegenstand te verduren. Zo verkeert PINTENS in de veronderstelling dat de vrederechter kennis moet nemen van de inhoud van het testament om met kennis van zaken te kunnen oordelen. Daarop voortbouwend dient de vrederechter zijn machtiging te beperken tot het ontwerp van het testament, nu een machtiging *in abstracto* in deze situatie naar zijn mening volkomen onverantwoord is¹⁹⁸. Volgens BAEL opvatting is de wet echter duidelijk, en wordt het nergens aan de vrederechter opgedrongen om te oordelen over de inhoud van het testament, met als gevolg dat een machtiging *in abstracto* volmaakt geldig is¹⁹⁹.

99. Anderzijds lijkt de wettekst er zich niet tegen te verzetten dat de vrederechter kennis neemt van de inhoud van het ontwerp van testament bij de beoordeling van de gezondheid van geest van de beschermde persoon. Zonder daarom van doorslaggevend belang te zijn, kan de inhoud van het testament in bepaalde gevallen nieuwe inzichten bieden met betrekking tot de wilsgeschiktheid van de persoon onder voorlopig bewind²⁰⁰. Zo zal de vrederechter bij de beoordeling van de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon onder andere nagaan of de beschermde persoon de daagwijdte van de voorgenomen rechtshandeling begrijpt, of hij weet dat het testament uitwerking krijgt bij zijn overlijden en herroepbaar is, of hij zicht heeft op de invloed van de rechtshandeling op de rechten van zijn

¹⁹⁶ Toelichting bij amendement nr. 102 van de regering, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1087/6, 11.

¹⁹⁷ Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS; Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494; Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562. *Contra*: Vred. Lier 15 maart 2007, *T. Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

¹⁹⁸ W. PINTENS, "De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 2004), *RW* 2004-05, 519; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 40. Hij wordt in zijn gedachtegang onder andere gesteund door MAELFAIT: A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44-45.

¹⁹⁹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 52; J. BAEL, "Schenken, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 15*, Brugge, Die Keure, 2009, 178.

²⁰⁰ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183.

erfgenamen, en of hij de legatarissen kan aanduiden²⁰¹. Hoewel het verzoekschrift tot het bekomen van machtiging principieel niet vergezeld dient te gaan van een ontwerp van testament, kan de vrederechter aan de beschermde persoon vragen om hem toelichting te verschaffen over de gewenste inhoud van het testament, of om hem een ontwerp van testament te bezorgen, indien hij dit nuttig acht²⁰².

100. Wanneer de vrederechter daadwerkelijk kennis heeft genomen van de inhoud van het ontwerp van testament, is het achteraf niet vereist dat de tekst van het uiteindelijk opgemaakte testament daarmee overeenstemt. Heeft de vrederechter de beschermde persoon niettegenstaande het voorgaande toch gemachtigd om een testament te maken overeenkomstig het hem voorgelegde ontwerp of om een testament te maken met een welbepaalde inhoud, en wil de beschermde persoon een testament met een ándere inhoud, dan bestaat de voorzichtigste oplossing erin om daartoe een nieuwe machtiging aan de vrederechter te vragen²⁰³. Nochtans kan een testament met afwijkende inhoud volgens BAEL niet nietig verklaard worden op grond van schending van de beschikking tot machtiging. De vrederechter heeft de beschermde persoon namelijk voorafgaandelijk wilsgeschikt bevonden, wat de onbekwaamheid opheft in die zin dat de beschermde persoon van zijn testeevrijheid gebruik kan maken en een testament kan opmaken zoals hij dat wil²⁰⁴.

²⁰¹ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 39.

²⁰² F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183. *Contra*: A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 222.

²⁰³ A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 222.

²⁰⁴ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQ (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 53; J. BAEL, "Schenken, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 15*, Brugge, Die Keure, 2009, 179-180.

3) Het ogenblik van beoordeling

101. De bekwaamheid om een bepaalde rechtshandeling te stellen, dient beoordeeld te worden op het ogenblik van het stellen van deze rechtshandeling²⁰⁵. Dit principe heeft tot gevolg dat testamenten opgemaakt door een persoon onder voorlopig bewind vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 mei 2003 moeten worden beoordeeld met toepassing van de vroegere regels^{206 207}.

D. Vereist bij alle personen die onder voorlopig bewind zijn geplaatst?

102. Gelet op de algemene formulering van art. 488bis, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, geldt ook hier als uitgangspunt dat in alle gevallen waarin door de vrederechter een voorlopig bewindvoerder is aangesteld, de beschermde persoon slechts geldig een testament kan maken na machtiging door de vrederechter²⁰⁸.

103. Sommige auteurs wijken hiervan af en stellen dat de machtiging enkel vereist is voor de beschermde persoon die onder een algemeen bewind staat dat voorziet in vertegenwoordiging. In geval van een beperkte opdracht tot vertegenwoordiging of bij uitdrukkelijke bepaling van een restbekwaamheid aan de beschermde persoon, blijft deze bekwaam om giften te doen of een uiterste wilsbeschikking te maken, wanneer het voorwerp van de gift of de uiterste wilsbeschikking goederen zijn waarover de beschermde persoon nog onder bezwarende titel kan beschikken²⁰⁹.

²⁰⁵ W. PINTENS, "Het testament onder het stelsel van voorlopig bewind van de wet van 18 juli 1991", *RW* 2008-09, 499.

²⁰⁶ Dat dit principe ook in de rechtspraak wordt toepast, blijkt onder meer in: Cass. 10 januari 2008, *Not.Fisc.M.* 2008, 165, noot A. VAN DEN BOSSCHE, *RW* 2008-09, 496, noot W. PINTENS, *TBBR* 2009, 247, noot P. DELNOY; Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gén.enr.not.* 2007, 186, *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889; Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208, noot B. WYLLEMAN; Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483, noot.

²⁰⁷ Cf. *supra* p. 27, nr. 57.

²⁰⁸ Zijn medestanders van dit principe: A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 39; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 536; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 229.

²⁰⁹ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 185.

104. BAEL maakt opnieuw de nodige nuances, door de omstandigheid aan te halen waarin er door de vrederechter een voorlopige bewindvoerder werd aangesteld voor het stellen van één welomschreven rechtshandeling. Werd die specifieke rechtshandeling door de voorlopige bewindvoerder gesteld, dan is het voorlopig bewind opgehouden, staat de betrokken persoon niet langer onder voorlopig bewind en is geen machtiging meer vereist voor het opmaken van een testament. Zolang de bedoelde rechtshandeling niet is gesteld, zal de beschermde persoon slechts mét machtiging van de vrederechter kunnen overgaan tot het opmaken van een testament²¹⁰.

105. Gezien het feit dat ook een persoon met een louter lichamelijke handicap of een persoon die langdurig gehospitaliseerd is omwille van een louter lichamenlijk probleem, onder het statuut van het voorlopig bewind kan worden geplaatst, kan men zich de vraag stellen of ook deze personen een machtiging van de vrederechter behoeven voor het opmaken van hun testament? Het antwoord luidt kort en bondig: gelet op de algemene formulering van art. 488bis, h), §2, lid 1 van het Burgerlijke Wetboek, en gelet op het feit dat de wet ook voor deze personen nergens in een uitzondering op dit principe voorziet, moet met zekerheid worden aangenomen dat ook deze personen slechts een testament kunnen opmaken na daartoe behoorlijk gemachtigd te zijn door de vrederechter^{211 212}.

E. Geldigheidsduur

106. Ofschoon de wetgever heeft nagelaten een geldigheidsduur voor de machtiging te bepalen, neemt men doorgaans aan dat het voor de vrederechter mogelijk moet zijn om bij

²¹⁰ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 55.

²¹¹ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 535; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 227.

²¹² Een treffend voorbeeld hiervan kan gevonden worden in: Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494. *In casu* is er sprake van een vrouw die enkel omwille van haar volledige blindheid onder voorlopig bewind was geplaatst. Deze vrouw vraagt terecht de machtiging tot het opmaken van een testament aan de vrederechter, die zich bevoegd acht en de machtiging verleent. Uit de bewoordingen van het vonnis blijkt nochtans dat de vrederechter van Overijse-Zaventem niet helemaal zeker is omtrent de noodzaak voor de blinde vrouw om machtiging te bekomen voor het opmaken van een testament, aangezien hij machtiging geeft "– voor zoveel als nodig – over te gaan tot het opstellen van een testament".

het verlenen van de machtiging een termijn op te leggen, waarna de machtiging vervalt²¹³. Gelet op het feit dat bij een discussie over de gezondheid van geest van de beschermde persoon de machtiging van de vrederechter aan belang zal verliezen naarmate de tijd voorbijgaat, lijkt het aangewezen om, wanneer het testament in notariële vorm zal worden verleden, niet al te veel tijd te laten verstrijken tussen de beschikking waarbij de vrederechter de machtiging verleent en het verlijden van het notarieel testament²¹⁴.

Onder andere de vrederechter van Aarschot maakte in zijn beschikking van 12 februari 2004 dankbaar gebruik van deze mogelijkheid om de machtiging in de tijd te beperken, daar hij van oordeel was dat de gezondheidstoestand van de beschermde persoon naar de toekomst toe kon wijzigen²¹⁵. Andere vrederechters machtigen daarentegen zonder tijdsbeperking.

F. Heeft de wetgever überhaupt het recht om een voorafgaande machtiging door de vrederechter op te leggen voor het opmaken van een testament door de beschermde persoon?

107. De vereiste van de voorafgaande machtiging is ingegeven door de vaststelling dat er bij personen onder voorlopig bewind doorgaans een verhoogd risico bestaat op ongezondheid van geest, in vergelijking met personen die niet onder voorlopig bewind staat, en door de idee dat het met het oog op de rechtszekerheid nuttig zou zijn om in die gevallen een voorafgaande controle van de gezondheid van geest te voorzien²¹⁶.

108. Desalniettemin wordt er in bepaalde rechtspraak en rechtsleer gesteld dat de wetgever een dergelijke voorafgaande machtiging niet kan opleggen, en dat art. 488bis, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek, die voor de persoon onder voorlopig bewind de voorafgaande machtiging door de vrederechter oplegt om een geldig testament te kunnen maken, onder

²¹³ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 45; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 40; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 532; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 225.

²¹⁴ A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 244.

²¹⁵ Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS.

²¹⁶ F. SWENNEN, "De uitvoering van de animus donandi van de beschermde persoon onder voorlopig bewind" (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004), *RW* 2005-06, 38.

meer strijdig is met het beginsel dat eenieder vrij is om over zijn eigen goederen te beschikken, zoals gewaarborgd door art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol van 20 maart 1952 bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens²¹⁷. Sommige rechters gaan daarin zo ver dat ze zelfs weigeren in te gaan op het verzoek tot het bekomen van machtiging voor het opmaken van een testament²¹⁸.

109. In zijn arrest van 14 oktober 2008 heeft het Hof van Beroep te Bergen aan het Grondwettelijk Hof dan ook de volgende prejudiciële vraag gesteld: “Schendt art. 488*bis*, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek, zoals gewijzigd bij de Wet van 3 mei 2003, in zoverre het bepaalt dat de beschermde persoon slechts geldig een uiterste wilsbeschikking kan maken na machtiging, op zijn verzoek, door de vrederechter, art. 1, eerste lid van het Eerste Aanvullende Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet?”.

110. Art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bepaalt dat alle natuurlijke of rechtspersonen het recht hebben op het ongestoord genot van hun eigendom, en dat niemand van zijn eigendom zal worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht. De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.

111. Het recht om over zijn eigendom te beschikken vormt derhalve een fundamenteel onderdeel van het eigendomsrecht. Art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek verbiedt een welbepaalde categorie van personen, zijnde de personen onder voorlopig bewind, om bij testament over hun eigendom te beschikken zonder voorafgaande machtiging vanwege een vrederechter, en vormt aldus een reglementering van het gebruik van de eigendom in de zin van het tweede lid van art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol. Bijgevolg dient onderzocht te worden of de inbreuk op het eigendomsrecht evenredig is aan een doelstelling van algemeen belang, of anders gezegd: of het doel de middelen heiligt. Daarop komt het Hof tot de conclusie dat de in het geding zijnde bepaling, die tot doel heeft personen die zich in een zwakke positie bevinden te beschermen, effectief een doelstelling van algemeen belang beoogt. Zij verbiedt de personen onder voorlopig bewind niet over hun

²¹⁷ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562; T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 156.

²¹⁸ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 60.

goederen te beschikken bij testament, maar maakt de geldigheid van die akte afhankelijk van het verkrijgen van een voorafgaande machtiging van de vrederechter. Bovendien kan de vrederechter de machtiging om te testen enkel weigeren indien de beschermde persoon niet over de vereiste wilsgeschiktheid beschikt.

112. Het Grondwettelijk Hof komt uiteindelijk tot de slotsom dat de in het geding zijnde maatregel in een redelijk verband van evenredigheid tot de nagestreefde doelstelling staat, en de prejudiciële vraag daarom ontkennend dient te worden beantwoord²¹⁹. In zoverre art. 488bis, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is op het testament, schendt het dus geenszins de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens²²⁰.

Het lijkt dan ook niet acceptabel dat een vrederechter op deze gronden de machtiging zou weigeren.

IV. Het testament als dusdanig

A. Het testament kan enkel worden opgemaakt door de beschermde persoon

113. Het testament wordt opgemaakt door de beschermde persoon, zonder bijstand van de voorlopige bewindvoerder²²¹. Dit volgt uit de tekst van art. 488bis, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek waar de wetgever voorziet dat de *beschermde persoon* een uiterste wilsbeschikking kan maken na machtiging door de vrederechter.

114. Om die reden, en omwille van het feit dat het maken van een testament een hoogstpersoonlijke rechtshandeling²²² is, verlenen vrederechters de machtiging tot het opmaken van een testament in de praktijk dan ook aan de beschermde persoon zelf, en niet

²¹⁹ GwH 30 september 2009, nr. 147/2009, *T. Fam.* 2010, 30, noot F. SWENNEN; F. SWENNEN, “De testeeervrijheid van de beschermde persoon onder voorlopig bewind: grondwetsconform”, *T. Fam.* 2010, 34.

²²⁰ GwH 30 september 2009, nr. 147/2009, *T. Fam.* 2010, 28-30, noot F. SWENNEN.

²²¹ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325.

²²² In de zin dat het testament een strikt persoonlijk karakter heeft: T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 151; S. MOSSELMANS, noot onder Vred. Brugge 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, 504; W. PINTENS m.m.v. W. VAN GORP, “Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen”, in P. SENAËVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 186.

aan de voorlopige bewindvoerder die hem is toegewezen²²³. Evenmin wordt een verplichting tot bijstand vanwege de voorlopige bewindvoerder opgelegd.

B. De beoordeling door de notaris

115. Het gegeven dat de vrederechter de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon reeds ten tijde van de machtiging is nagegaan, ontslaat de notaris niet van de verplichting de gezondheid van geest van de testator te onderzoeken naar aanleiding van het opmaken van het testament²²⁴.

116. Het is immers niet uitgesloten dat er zich tussen het ogenblik waarop de machtiging verleend is en het ogenblik waarop het testament wordt opgemaakt, een evolutie heeft voorgedaan die zich vertaalt in de wilsongeschiktheid van de beschermde persoon ten tijde van het opmaken van het testament. Denkt de notaris dat de beschermde persoon-testator op dat ogenblik niet (langer) gezond van geest is, dan zal hij weigeren om het notarieel testament te verlijden^{225 226}.

117. Een andere mogelijkheid, die zich in de praktijk veel minder voordoet, bestaat erin dat de vrederechter en de notaris van mening verschillen, met name dat de vrederechter de beschermde persoon gemachtigd heeft tot het maken van een testament en dat de notaris vermoedt dat de beschermde persoon niet over de nodige gezondheid van geest beschikt om een testament te maken. Ook in dat geval zal de notaris, niettegenstaande de machtiging van de vrederechter, zijn ambt moeten weigeren²²⁷.

²²³ Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS; Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494; Vred. Lier 15 maart 2007, *T. Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

²²⁴ J. BAEL, "Erfenissen, schenkingen en testamenten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, Die Keure, 2004, 154; A. WITTENS, "Voorlopig bewind: le beaujolais nouveau est arrivé... maar kan nog niet gedronken worden", *Not.Fisc.M.* 2003, 288; A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 534.

²²⁵ A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 244.

²²⁶ Uit het opmaken van het notarieel testament door de notaris kan derhalve worden afgeleid dat de notaris van oordeel is dat de beschermde persoon-testator gezond van geest is. Voor een meer uitgebreide bespreking van het gewicht dat bij de beoordeling van de gezondheid van geest wordt gegeven aan het feit dat een notaris het testament heeft opgemaakt, zie: J. BAEL, "Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 171-172.

²²⁷ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 50-51.

C. Vorm van het testament

118. De beschermde persoon die na machtiging door de vrederechter zijn testament wenst op te maken, heeft daarbij de keuze tussen een notarieel testament, een eigenhandig testament of een internationaal testament.

119. Hoewel het eigenhandig testament voor velen de meest praktische manier lijkt om een testament te maken en ongetwijfeld diverse voordelen biedt, moet er tevens gewezen worden op de nadelen die deze testamentaire vorm voor de persoon onder voorlopig bewind inhoudt. Aangezien het eigenhandig testament geen vaste datum heeft, is er heel wat ruimte voor discussie over het ogenblik waarop het testament is opgemaakt, en dus over de volgorde van machtiging en testament. Niettegenstaande de machtiging van de vrederechter, bent u met een eigenhandig testament bovendien niet helemaal zeker dat de beschermde persoon ten tijde van het opmaken van het testament nog gezond van geest zal zijn, nu er bij deze testamentvorm geen notaris aan te pas komt die de gezondheid van geest kan bevestigen²²⁸. Verder is er ook geen zekerheid dat het eigenhandig testament is opgemaakt binnen een korte tijdspanne na de machtiging van de vrederechter, in welk geval de gezondheid van geest op het ogenblik van het opmaken van het testament waarschijnlijk zou kunnen worden geacht²²⁹.

120. Dergelijke problemen vindt u niet terug bij het notarieel testament, omdat de notaris bij het verlijden van het testament opnieuw de gezondheid van geest van de testator nagaat. Na een grondige controle door de vrederechter ten tijde van het verzoek tot machtiging vindt er nu nog eens een zekere controle plaats vanwege de notaris²³⁰. Om discussie te vermijden lijkt het mij dan ook aangewezen dat de testator opteert voor deze laatste vorm²³¹.

121. Stel nu dat de beschermde persoon absoluut geen notarieel testament wil opmaken, doch enkel een eigenhandig testament. Hoe kan je dan zekerheid verschaffen over de periode waarin het testament is opgemaakt? Hoewel dit in de praktijk bijna nooit voorkomt, biedt de notariële akte neerlegging in dit geval de uitweg. De beschermde persoon-testator

²²⁸ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 184.

²²⁹ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 45.

²³⁰ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 57.

²³¹ In het derde hoofdstuk van deze bijdrage 'De mogelijkheid tot het stellen van enkele rechtshandelingen om niet uit het familiaal vermogensrecht voor personen onder voorlopig bewind, *De Lege ferenda*' wordt dieper ingegaan op de problematiek van de vorm van het testament; cf. *infra* p. 62-64, nrs. 135-137.

heeft dan de mogelijkheid om het eigenhandig testament vóór zijn overlijden neer te leggen onder de minuten van de notaris, waarbij de testator eventueel kan bevestigen dat het testament zijn geschrift en zijn handtekening bevat²³².

D. Vermeldingen in het notarieel testament

122. Het notarieel testament kan de vermelding bevatten dat de testator ingevolge een beschikking van de vrederechter onder het voorlopig bewind is geplaatst en nadien door de vrederechter gemachtigd werd tot het opmaken van een testament. Het opnemen van een verwijzing naar de beschikking van de vrederechter waarbij machtiging wordt verleend om een testament op te maken is echter facultatief, en heeft dan ook geen enkele invloed op het vlak van de geldigheid van het testament. Ook de afwezigheid van een dergelijke clause is zonder gevolg voor de geldigheid van de uiterste wilsbeschikking²³³.

E. Volgorde machtiging en testament

123. BAEL wijst op het belang dat gehecht moet worden aan de inachtneming van juiste volgorde van de voorgeschreven vormvereisten: eerst moet de machtiging van de vrederechter worden bekomen, om vervolgens het testament te kunnen opmaken²³⁴. Bij gebreke van de machtiging is de beschermde persoon derhalve niet bekwaam om een testament te maken. Het voorhanden zijn van de machtiging ten tijde van het opmaken van het testament is dan ook van groot belang omwille van het feit dat de bekwaamheid wordt beoordeeld en aanwezig moet zijn op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling. Dit geldt niet alleen voor het notarieel testament²³⁵, doch evenzeer voor het eigenhandig testament. Wil de beschermde persoon een eigenhandig testament maken, dan zal hij eerst

²³² J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 58.

²³³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 59-60.

²³⁴ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 56.

²³⁵ A. WYLLEMAN, "Familiaal vermogensrecht", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 5*, Brugge, Die Keure, 2003, 22; A. WYLLEMAN, "Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht", in J. BAEL et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 244.

de machtiging moeten vragen en bekomen, om vervolgens het eigenhandig testament op te maken.

V. Sancties

124. Heeft de beschermde persoon-testator een testament opgemaakt zonder de nodige machtiging vanwege de vrederechter, dan is er geen geldig testament. De erfgenamen of de legatarissen aangesteld bij een vroeger testament zullen na het overlijden van de beschermde persoon de nietigverklaring van dat testament kunnen vorderen²³⁶.

²³⁶ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de nietigheidsgronden, *cf. supra* p. 34-35, nrs. 72-74.

Hoofdstuk 3: De mogelijkheid tot het stellen van enkele rechtshandelingen om niet uit het familiaal vermogensrecht voor personen onder voorlopig bewind, *de lege ferenda*

125. Het voorgaande hoofdstuk leert ons dat de wetgever met de Wet van 3 mei 2003 heeft nagelaten om welbepaalde aspecten met betrekking tot de mogelijkheid om schenkingen te doen en testamenten te maken door personen onder voorlopig bewind op een duidelijke en sluitende wijze te regelen, zodat het in essentie aan de rechtsleer en rechtspraak toe komt om de betrokken leemtes op te vullen en de vergeten of summier geregelde materies te reguleren. Wat zich al laat raden is dat er dientengevolge heel wat tegengestelde visies ontstonden over de meest uiteenlopende onderwerpen, wat ontegensprekelijk geleid heeft tot heel wat rechtsonzekerheid. Men is immers overgeleverd aan de *goodwill* van de betrokken vrederechter. Het ontbreken van een doeltreffende en alomvattende wettekst inzake voorlopig bewind tekent zich dan ook hoofdzakelijk af in de rechtspraak. Wegens het ontbreken van goed afgebakende richtlijnen, moeten de vrederechts namelijk geregeld improviseren, wat alvast geleid heeft tot een aantal verbluffende uitspraken waarvan de inhoud geenszins in overeenstemming te brengen is met de huidige stand van de rechtspraak en de rechtsleer of met de *ratio legis* van de Wet van 3 mei 2003.

126. Teneinde aan de rechtsonderhorige absolute zekerheid te kunnen verschaffen aangaande de mogelijkheden die hij heeft wanneer hij voor het statuut van het voorlopig bewind kiest, is het mijn inziens volstrekt noodzakelijk dat de wetgever met betrekking tot een aantal knelpunten inzake schenkingen en testamenten, die hierna extensief aan bod komen, zo snel mogelijk nadere toelichting verstrekt.

§1. De (on)mogelijkheid voor de voorlopig bewindvoerder om in naam van de beschermde persoon een schenking te doen of een testament op te maken:

A. De schenking

127. Zoals blijkt uit art. 488*bis*, h), §2, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is het de beschermde persoon die de schenkingsakte tekent of de schenking doet²³⁷, zonder bijstand van de

²³⁷ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "L'administration provisoire et la banque", in *Bank en familie*, Brussel, Bruylant, 2006, 67; A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meederjarige door de wet van 3 mei 2003, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een

voorlopige bewindvoerder²³⁸. Dit heeft bepaalde vrederechters, waaronder de vrederechter van Westerlo²³⁹, nochtans niet tegengehouden om de voorlopige bewindvoerder toch weleens te machtigen om een schenking te doen, en dit niettegenstaande de beschermde persoon niet gezond van geest is. Verleent de vrederechter een machtiging aan de voorlopige bewindvoerder, dan zal hij daarbij nagaan wat de beschermde persoon zelf zou beslissen mocht hij tijdelijk wilsgeschikt zijn. De vrederechter baseert zich daarvoor op verklaringen afgelegd door de beschermde persoon op een tijdstip waarop hij nog gezond van geest was²⁴⁰.

128. Deze uitspraak van de vrederechter te Westerlo is zeer markant, omdat men zich terecht kan verwonderen over het standpunt dat een schenking uitsluitend door de beschermde persoon kan worden gedaan, op voorwaarde dat hij op dat ogenblik wilsgeschikt is. Volharden in een dergelijke zienswijze heeft namelijk tot gevolg dat families met een persoon onder voorlopig bewind beroofd worden van de mogelijkheid om een goede familiale vermogensplanning uit te werken²⁴¹.

129. Enkel door de tekst van art. 488bis, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek zeer nauwgezet te interpreteren, namelijk in de zin dat bedoelde wettekst niets zegt over de mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder om te schenken, zou men voornoemde rechtspraak eventueel in overeenstemming kunnen brengen met de huidige stand van de wetgeving²⁴². Maar zelfs dit is nog niet voldoende om hard te maken dat de voorlopige bewindvoerder effectief kan schenken in naam van de beschermde persoon. Sterker nog, indien men een dergelijke interpretatie aanvaardt, dan heeft men slechts aangetoond dat art. 488bis, h), §2 van het Burgerlijk Wetboek de mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder om te

meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 37.

²³⁸ A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 43; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 37.

²³⁹ Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *RW* 2005-06, 36, noot F. SWENNEN, *T. Vred.* 2005, 498.

²⁴⁰ T. WUYTS, “Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. *Capita selecta*”, in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 175.

²⁴¹ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 73; F. SWENNEN, “De uitvoering van de animus donandi van de beschermde persoon onder voorlopig bewind” (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004), *RW* 2005-06, 38-39.

²⁴² J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 74.

schenken niet uitdrukkelijk uitsluit; doch daarmee kan de voorlopige bewindvoerder nog niet schenken.

130. Anderzijds zou men de mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder om te schenken in naam van de beschermde persoon met machtiging van de vrederechter ook kunnen steunen op art. 488bis, f), §3, lid 2, b) van het Burgerlijk Wetboek dat bepaalt dat de voorlopige bewindvoerder de roerende en onroerende goederen van de beschermde persoon kan vervreemden met machtiging van de vrederechter, in de veronderstelling dat men hierbij geen onderscheid maakt tussen vervreemdingen onder bezwarende titel en vervreemdingen om niet. Maar ook met deze redenering zitten we op een dood spoor vermits de regel van art. 488bis, f), §3, lid 2, b) van het Burgerlijk Wetboek niet meer gewijzigd is sinds de wet van 18 juli 1991 het statuut van het voorlopig bewind ingevoerde, en de overgrote meerderheid van de rechtsleer reeds vóór de wet van 3 mei 2003 aanvoerde dat de voorlopige bewindvoerder niet kon schenken namens de beschermde persoon, tenzij het om gebruikelijke gelegenheidsgeschenken ging²⁴³. De beslissing om te schenken behoort dan ook een persoonlijke beslissing van de beschermde persoon te zijn, die niemand in zijn plaats kan nemen.

131. Tot de constatering komende dat geen van de bewandelde wegen ter verantwoording kan dienen om de voorlopige bewindvoerder toch toe te laten in naam en voor rekening van de persoon onder voorlopig bewind te schenken indien hijzelf niet meer gezond van geest is, kunnen we ons terecht vragen gaan stellen bij de erg strikte beperking van de opdracht van de voorlopige bewindvoerder tot het stellen van handelingen in het belang van de beschermde persoon²⁴⁴. Zou het bijvoorbeeld niet beter zijn om bij de beslissing om een bepaalde rechtshandeling te stellen namens de beschermde persoon en bij het nemen van de beslissing om daarvoor machtiging te verlenen, niet enkel rekening te houden met de belangen van de beschermde persoon, maar daarentegen een afweging te maken van de belangen van alle betrokken partijen? Verder is het mij ook niet helemaal duidelijk waarom men precies de zienswijze dat de beslissing om al dan niet te schenken een persoonlijke beslissing moet zijn, in stand wil houden. Het zou mijn inziens dan ook geen kwaad kunnen, moest de wetgever zijn hoofd nog eens buigen over dit penibele vraagstuk.

²⁴³ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 74.

²⁴⁴ F. SWENNEN, "De uitvoering van de animus donandi van de beschermde persoon onder voorlopig bewind" (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004), *RW* 2005-06, 38.

B. Het testament

132. Ook voor de testamenten geldt de regel dat het testament na machtiging van de vrederechter enkel kan worden opgemaakt door de beschermde persoon zelf, zonder bijstand van de voorlopige bewindvoerder²⁴⁵. Om die reden, en omwille van het feit dat het testament een uiterst persoonlijke rechtshandeling is²⁴⁶, verlenen vrederechters de machtiging tot het opmaken van een testament in de praktijk dan ook aan de beschermde persoon zelf, en niet aan de voorlopige bewindvoerder die hem is toegewezen²⁴⁷. Evenmin wordt een verplichting tot bijstand vanwege de voorlopige bewindvoerder opgelegd.

133. Voor heel wat mensen, zoals dementerende bejaarden, die niet langer wilsgeschikt zijn, maar alsnog hun testamentaire opvolging willen organiseren, schept deze bepaling bijzondere problemen.

Met de toenemende vergrijzing in het achterhoofd, kunnen we ons ongetwijfeld de situatie voor de geest halen waarin een nog kerngezonde oudere besluit om de regeling van zijn testamentaire erfopvolging met nog enkele jaren uit te stellen, tot hij plots getroffen wordt door een ernstige psychische aandoening als Dementie of Alzheimer en men onder het statuut van het voorlopig bewind geplaatst wordt. Opeens, van de ene dag op de andere wordt het voor hem onmogelijk om nog zelf een geldig testament op te maken.

Naast de steeds toenemende veroudering van onze bevolking, zorgt ook de toenemende complexiteit van familiale verhoudingen voor bepaalde vermogensrechtelijke problemen. Zo komt het steeds vaker voor dat ouderen bepaalde personen waarmee zij een erg goede verstandhouding hebben in hun testament wensen op te nemen, wanneer deze personen op op generlei wijze enig recht in hun nalatenschap kunnen laten gelden, moest men komen te overlijden. Of men wil legateren aan een bepaald familielid die bijzondere zorg behoeft en niet zelfstandig in zijn levensonderhoud kan voorzien.

134. Om aan deze heikele situatie tegemoet te kunnen komen, heeft mevrouw Sabine Lahaye-Battheu op 13 maart 2009 een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde geestesgestoorden onder voorlopig bewind toe te laten om met machtiging van de vrederechter in naam van de beschermde persoon te testen. Niet de

²⁴⁵ C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325.

²⁴⁶ In de zin dat het testament een strikt persoonlijk karakter heeft: T. DELAHAYE en C. CASTELEIN, *Het voorlopig bewind*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, 151; S. MOSSELMANS, noot onder Vred. Brugge 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, 504.

²⁴⁷ Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS; Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494; Vred. Lier 15 maart 2007, *T. Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

beschermde persoon, maar de voorlopige bewindvoerder zou voortaan bevoegd zijn om zich tot de vrederechter te wenden met het verzoek een machtiging tot testen te bekomen. Het geeft het geheel een zekere objectiviteit. Het vermogen van de geestesgestoorde wordt immers beheerd door de voorlopige bewindvoerder, onder toezicht van de vrederechter, waardoor de vrederechter een betere kijk heeft op de levensloop van de betrokkene, en het voor hem gemakkelijker wordt om de beweegredenen van het testament te beoordelen en de belangen van de wettelijke erfgenamen en de potentieel begunstigten tegen elkaar af te wegen. Dient evenwel te worden opgemerkt dat de machtiging van de vrederechter niet beschouwd mag worden als een *carte blanche* voor de voorlopige bewindvoerder om eender welk testament op te maken. Zeker niet, nu de vrederechter door de bewoordingen van zijn vonnis de machtiging kan beperken tot een concrete wilsbeschikking.

§2. De vaststelling dat de vrederechter het verlenen van een machtiging om te testen niet kan verbinden aan de voorwaarde dat het testament in notariële vorm moet worden opgemaakt:

135. Niettegenstaande in bepaalde rechtsleer wordt gesteld dat de vrederechter de notariële vorm niet kan opleggen²⁴⁸, lijkt dit mij nochtans geen slecht idee. Door de notaris op het moment van het verlijden van het notariële testament de wilsgeschiktheid van de beschermde persoon-testator te laten nagaan, voorziet men naast een controle van de gezondheid van geest door de vrederechter ook in een zekere controle vanwege de notaris, wat een extra waarborg kan betekenen voor de geldigheid van het testament²⁴⁹. Anderzijds kennen notariële testamenten een vaste datum, wat maakt dat er geen twijfel kan bestaan omtrent het tijdstip waarop het testament werd opgesteld.

136. In die rechtsleer die zich verzet tegen de mogelijkheid voor de vrederechter om de notariële vorm op te leggen, wordt evenwel geponeerd dat de vrederechter maatregelen kan nemen om te waarborgen dat de beschermde persoon ook op het ogenblik van het opmaken van het testament gezond van geest is. Deze uitspraak kan worden bijgetreden, met dien

²⁴⁸ A. MAELFAIT, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 45; W. PINTENS, "De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003", in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 40; F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183.

²⁴⁹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 57.

verstande dat een mogelijke maatregel erin bestaat dat de vrederechter de notariële vorm oplegt²⁵⁰. Als een dergelijke maatregel in bepaalde gevallen mogelijk is, waarom dan niet gewoon de notariële vorm in alle gevallen verplicht stellen²⁵¹? Het kan de procedure toch alleen maar ten goede komen wanneer men steeds verzekerd is van een extra controle door de notaris ten tijde van het opmaken van het testament, opdat het testament later niet ten prooi zou vallen aan een vordering tot nietigverklaring wegens de ongezondheid van geest van de beschermde persoon-testator? En is het in de veronderstelling dat de vrederechter een termijn kan verbinden aan het opmaken van een testament, en daarom ook waarborgen kan inbouwen opdat het testament daadwerkelijk binnen de opgelegde termijn wordt opgemaakt, niet praktisch dat er steeds zekerheid bestaat over de datum van het testament²⁵²?

Het strekt de beschermde persoon toch zeker niet tot voordeel als het door hem opgemaakte eigenhandige testament waarvoor hij de machtiging vanwege de vrederechter heeft bekomen, nadien aangevochten kan worden wegens zijn eigen ongezondheid van geest ten tijde van het opmaken ervan? En hoe kan in wezen zekerheid verschaft worden over de periode waarin het eigenhandige testament is opgemaakt?

137. Mijn inziens heeft de wetgever ter zake dan ook twee opties: ofwel voorziet hij uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor de vrederechter om zijn machtiging tot testeren te verbinden aan de voorwaarde dat het testament in notariële vorm moet worden opgemaakt, ofwel verschaft hij bijkomende waarborgen met betrekking tot de eigenhandige testamenten²⁵³.

²⁵⁰ A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 534 en 537; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 226-227 en 229.

²⁵¹ Met uitzondering van die gevallen waarin personen omwille van louter fysieke redenen onder voorlopig bewind zijn geplaatst.

²⁵² Zo stelt A. VAN DEN BOSSCHE dat het notariële testament het enige nuttige instrument is om zeker te zijn dat een testament wordt opgesteld tijdens de periode waarover machtiging werd verleend (zie: A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 226).

²⁵³ Met betrekking tot het 2^e keuzemogelijkheid, kan de notariële akte neerlegging mogelijkwerijs een antwoord bieden. Het geeft de beschermde persoon-testator namelijk de mogelijkheid om het eigenhandige testament vóór zijn overlijden neer te leggen onder minuten van de notaris, waarbij de testator eventueel uitdrukkelijk kan bevestigen dat het testament zijn geschrift en zijn handtekening bevat (Deze oplossing werd geïnspireerd door een beschikking van 12 februari 2004 van de vrederechter van Aarschot, waarin een oplossing werd gezocht voor het probleem van de onzekerheid over het juiste tijdstip waarop het eigenhandig testament is opgemaakt, zie: Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516, noot W. PINTENS en J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale

De eerste mogelijkheid is veel verregaander dan de tweede, daar zij niet alleen verhindert dat er op een later tijdstip nog een vordering tot nietigverklaring kan worden ingesteld tegen het notariële testament, maar tevens zekerheid biedt over het tijdstip waarop het testament werd opgemaakt. Het verschaffen van bijkomende waarborgen met betrekking tot de eigenhandige testamenteën geeft daarentegen slechts antwoord op de vraag wanneer het eigenhandige testament werd opgemaakt.

§3. Het verzoek tot het machtiging van machtiging dient, in het geval men een testament wil opmaken, niet vergezeld te gaan van een ontwerp van het testament:

138. Omwille van het feit dat de vrederechter machtiging geeft tot het maken van een testament of uiterste wilsbeschikking²⁵⁴, doch geen uitspraak doet over de inhoud van het testament of de uiterste wilsbeschikking²⁵⁵, is het in de huidige stand van de wetgeving niet vereist dat er bij het verzoekschrift tot machtiging een ontwerpakte van het testament wordt gevoegd²⁵⁶.

139. Dergelijke opvatting wordt niet gedeeld door PINTENS, die stelt dat de vrederechter kennis moet nemen van de inhoud van het testament om met kennis van zaken te kunnen oordelen, en dat een machtiging *in abstracto* moeilijk te verantwoorden valt. De vrederechter dient zijn machtiging dan ook te beperken tot het hem meegedeelde ontwerp van het testament²⁵⁷. BAEL veegt dit alles van tafel door erop te wijzen dat de wet ter zake duidelijk is, en het nergens aan de vrederechter opgedrongen wordt om te oordelen over de inhoud van het testament, met als gevolg dat een machtiging *in abstracto* volstrekt geldig is²⁵⁸.

vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politierechters 2009*, Brugge, Die Keure, 2009, 58).

²⁵⁴ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562; A. VAN DEN BOSSCHE, “Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter”, *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, “Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)”, *T. Vred.* 2007, 222.

²⁵⁵ Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562

²⁵⁶ In dezelfde zin: C. DE WULF m.m.v. J. BAEL en S. DEVOS, *Het opstellen van notariële akten*, I, Mechelen, Kluwer, 2003, 325.

²⁵⁷ W. PINTENS, “De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 1004), *RW* 2004-05, 519; W. PINTENS, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in S. MAERTENS en G. BENOIT (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 40. Hij wordt in zijn gedachtegang onder andere gesteund door MAELFAIT: A. MAELFAIT, “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 203”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44-45.

²⁵⁸ J. BAEL, “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en*

140. Mijn eigen standpunt situeert zich dan ook ergens tussenin. Niettegenstaande het aan de vrederechter niet toegestaan is om te oordelen over het inhoud van het testament, kan het ontwerp van het testament, zonder daarom van doorslaggevend belang te zijn, de vrederechter in bepaalde gevallen nieuwe inzichten bieden met betrekking tot de gezondheid van geest van de beschermde persoon²⁵⁹. Ik zou dan ook durven stellen dat het misschien beter is om het ontwerp van het testament in alle gevallen mee te sturen met het verzoekschrift tot machtiging, en dit om twee redenen:

Enerzijds kan de vrederechter aan de beschermde persoon toelichting vragen over de gewenste inhoud van het testament en zelfs een ontwerp van het testament vragen, indien hij dit nuttig acht bij de beoordeling van de gezondheid van geest van de beschermde persoon²⁶⁰.

Anderzijds is het niet noodzakelijk dat de tekst van het uiteindelijk opgemaakte testament overeenstemt met de inhoud van het ontwerp dat aan de vrederechter werd overhandigd²⁶¹.

141. Deze argumenten samengenomen is het mij dan ook niet duidelijk waarom om er niet in alle gevallen waarin de vrederechter om een machtiging tot testen wordt verzocht, een ontwerp van het testament met het verzoekschrift wordt meegestuurd. Het kan de vrederechter nieuwe perspectieven bieden met betrekking tot de (on)gezondheid van geest van de beschermde persoon, doch veroordeelt dat de vrederechter machtiging verleent tot het opmaken van een testament met een bepaalde inhoud. Indien de vrederechter (eventueel mede dankzij het ontwerp) oordeelt dat de beschermde persoon wilsgeschikt is, zal de beschermde persoon de inhoud van zijn testament nog steeds volledig vrij kunnen bepalen.

politie-rechters 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 52; J. BAEL, "Schenken, testamenten en erfovereenkomsten", in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat 15*, Brugge, Die Keure, 2009, 178.

²⁵⁹ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183.

²⁶⁰ F. SWENNEN, "De hervorming van het voorlopig bewind", in P. SENAËVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 183. *Contra*: A. VAN DEN BOSSCHE, "Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter", *T. Not.* 2007, 529; A. VAN DEN BOSSCHE, "Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)", *T. Vred.* 2007, 222.

²⁶¹ J. BAEL, "De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind", in C. ENGELS en P. LE COQC (eds.), *Rechtskroniek voor vrede- en politie-rechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 53.

Besluit:

Gedurende onafzienbare tijd na het invoeren van het statuut van het voorlopig bewind door de Wet van 18 juli 1991 leefde men in hardnekkige onzekerheid omtrent de (on)mogelijkheid voor de beschermde persoon om op zelfstandige wijze een schenking te doen of een testament of andere uiterste wilsbeschikking op te maken.

De Wet van 3 mei 2003 heeft uiteindelijk verheldering gebracht door uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid voor de persoon onder voorlopig bewind om een schenking te doen of een testament op te maken, mits machtiging vanwege de vrederechter, wanneer men op dat eigenste ogenblik gezond van geest is.

Niettegenstaande laatstgenoemde wet in sommige opzichten een zeer ruim toepassingsveld bestrijkt, door bijvoorbeeld beschikkingen om niet te laten plaatsvinden aan eenieder die niet genotsonbekwaam is om begiftigd te worden, is zij in andere opzichten dan weer erg beperkt, nu zij bijvoorbeeld niet voorziet in een mogelijkheid voor de voorlopige bewindvoerder om namens de beschermde persoon een schenking te verrichten of een testament op te maken, zelfs niet in het geval dat de beschermde persoon alvorens zijn wilsvermogen te verliezen uitdrukkelijk de wil geuit zou hebben om bepaalde vrijgevigheiden te laten gebeuren in de tijd dat hij dit niet meer kan 'willen'.

Dit alles noopt mij tot de conclusie dat hoezeer de Wet van 3 mei 2003 ook verheldering heeft gebracht over talloze aspecten die verband houden met de mogelijkheid voor de beschermde persoon om ten kosteloze titel over zijn goederen te beschikken, er anderzijds ook aanzienlijke leemtes in te bespeuren vallen; leemtes die ingevuld worden door de rechtspraak en de rechtsleer en aldus, doordat zich er zich talloze tegengestelde visies over de meest uiteenlopende onderwerpen ontwikkelen, tot hallucinante taferelen kunnen leiden.

Teneinde aan de rechtsonderhorige absolute zekerheid te kunnen verschaffen aangaande de mogelijkheden die hij heeft wanneer hij voor het statuut van het voorlopig bewind kiest, is het mijn inziens dan ook volstrekt noodzakelijk dat de wetgever met betrekking tot de knelpunten die naar aanleiding van de Wet van 3 mei 2003 aan de oppervlakte zijn gekomen, zo snel mogelijk nadere toelichting verstrekt.

Bibliografie

1. Wetgeving

- Wet 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten, *B.S.* 17 juli 1964.
- Wet 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *B.S.* 27 juli 1990.
- Wet van 18 juli 1991 betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *B.S.* 26 juli 1991.
- Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *B.S.* 31 december 2003.

2. Rechtspraak

- GwH nr. 147/2009 van 30 september 2009, *T. Fam.* 2010, afl. 2, 28-30, noot F. SWENNEN.
- Cass. 19 januari 2001, *TBBR* 2003, 54-55.
- Cass. 7 maart 2002, *T. Gez.* 2002-03, 85-87, noot.
- Cass. 7 maart 2002, *TBBR* 2003, 55-57.
- Cass. 7 maart 2002, *AJT* 2001-02, 921-923.
- Cass. 10 januari 2008, *Notariaat* 2008, 165-170, noot A. VAN DEN BOSSCHE.
- Cass. 10 januari 2008, *RW* 2008-09, 496-499, noot W. PINTENS.
- Cass. 10 januari 2008, *TBBR* 2009, 247-253, noot P. DELNOY.
- Bergen 16 januari 1980, *Pas.* 1980, II, 40-42.

- Bergen 16 januari 1980, *Rev.not.b.* 1980, 312-316.
- Bergen 21 december 2004, *JLMB* 2005, 1784-1786.
- Bergen 18 oktober 2005, *Rec.gen.enr.not.* 2007, 186-188.
- Bergen 18 oktober 2005, *Rev.trim.dr.fam.* 2006, 889-894.
- Bergen 19 december 2005, *JLMB* 2007, 739-742.
- Brussel 1 maart 1938, *Pas.* 1939, II, 109-111.
- Brussel 24 maart 1965, *Pas.* 1966, II, 92-94.
- Brussel 27 juni 2006, *Not. Fisc. M.* 2008, 165, noot VAN DEN BOSSCHE.
- Gent 18 maart 2004, *RAGB* 2005, 753-763, noot F. DE BOCK.
- Gent 27 mei 2004, *NJW* 2005, 208-210, noot B. WYLLEMAN.
- Gent 15 maart 2007, *NJW* 2008, 131-132, noot B. WYLLEMAN.
- Gent 15 maart 2007, *RAGB* 2008, 240-245, noot M. GOVAERTS.
- Luik 19 mei 2004, *TBBR* 2006, 483-485, noot.
- Rb. Hasselt 13 april 2005, *Not. Fisc. M.* 2008, 166, noot VAN DEN BOSSCHE.
- Rb. Luik 21 december 2005, *Rev.not.b.* 2006, 82-86.
- Vred. Aarschot 12 februari 2004, *RW* 2004-05, 516-519, noot W. PINTENS.
- Vred. Brugge (4^e kanton) 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, 502-504, noot S. MOSSELMANS.
- Vred. Brugge 28 oktober 2004, *T. Vred.* 2005, 283-287.
- Vred. Fontaine-l'Évêque 23 september 2004, *T. Vred.* 2005, 467-470.
- Vred. Kortrijk 16 augustus 1999, *RW* 2000-01, 667-670.
- Vred. Kortrijk 23 november 2004, *T. Vred.* 2007, 231-237.
- Vred. Lier 30 juni 1992, *Not.Fisc.M.* 1993, 17-22, noot W. PINTENS.

- Vred. Lier 15 maart 2007, *T. Vred.* 2007, 230, noot A. VAN DEN BOSSCHE.
- Vred. Marchienne-au-Pont 2 juni 1993, *T. Vred.* 1994, 114-115.
- Vred. Overijse-Zaventem 3 juni 2004, *T. Vred.* 2005, 494-495.
- Vred. Roeselare, 16 september 1993, *RW* 1993-94, 683-684.
- Vred. Roeselare 29 maart 1994, *RW* 1994-95, 682-683.
- Vred. Roeselare 30 september 2003, *T. Vred.* 2003, 412-413.
- Vred. Roeselare 30 september 2003, *RW* 2004-05, 235-236, noot F. SWENNEN.
- Vred. Sint-Truiden 7 september 2005, *RW* 2006-07, 377-378.
- Vred. Tielt 10 juli 2006, *T. Not.* 2007, 558-561.
- Vred. Westerlo 25 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 495-497.
- Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *RW* 2005-06, 36-39, noot F. SWENNEN.
- Vred. Westerlo 27 augustus 2004, *T. Vred.* 2005, 498.
- Vred. Zelzate 21 november 2006, *T. Not.* 2007, 562-564.

3. Rechtsleer

Handboeken:

- BAEL, J., “Erfenissen, schenkingen en testamenten”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat. Familierecht*, V, Brugge, Die Keure, 2004, 97-172.
- BAEL, J., “De rol van de vrederechter bij de familiale vermogensplanning betreffende personen onder voorlopig bewind”, in ENGELS, C. en LE COQC, P. (eds.), *Rechtskroniek voor vrede-en politierechters* 2009, Brugge, Die Keure, 2009, 1-157.
- BAEL, J., “Schenkingen, testamenten en erfovereenkomsten”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het notariaat* 15, Brugge, Die Keure, 2009, 161-215.
- BAEL, J., “De actuele betekenis van het arrest van het Hof van Cassatie van 10 januari 2008 voor de rechtshandelingen uit het familiaal vermogensrecht betreffende

personen onder voorlopig bewind”, in PINTENS, W., DU MONGH, J. en DECLERCK, C. (eds.), *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 237-280.

- CASMAN, H., “Voorlopig bewind over de goederen van een (geestes)zieke persoon”, in BAETEMAN, G. (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Deurne, Kluwer, 1992, 107-141.
- DELAHAYE, T. en CASTELEIN, C., *Het voorlopig bewind*, Brussel, Larcier, 2007, p. 255.
- DE WILDE D’ESTMAEL, E., “L’administration provisoire et la banque”, in X. (ed.), *Bank en familie*, Brussel, Bruylant, 2006, 47-72.
- DE WULF, C., m.m.v. BAEL, J. en DEVOS, S., *Het opstellen van notariële akten, I*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 928.
- HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2002, p. 475.
- MAELFAIT, A., “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in X. (ed.), *Recht in beweging 2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, 23-48.
- MASSCHELEN, M.A., *Schenking bij notariële akte*, Gent, Larcier, 2007, p. 309.
- PINTENS, W., m.m.v. VAN GORP, W., “Zeven jaar voorlopig bewind over de goederen van meerderjarigen”, in SENA EVE, P. (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 157-193.
- PINTENS, W., “De hervorming van het voorlopig bewind over de goederen van een meerderjarige door de wet van 3 mei 2003”, in MAERTENS, S. en BENOIT, G. (eds.), *Actualia ouderlijk gezag, voogdij en voorlopig bewind*, Brugge, Die Keure, 2004, 1-45.
- PUELINCKX-COENE, M., “Art. 902 B.W.”, in X. (ed.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl.
- ROTTHIER, K., *Voorlopig bewind: praktische handleiding voor familielid-bewindvoerders*, Roeselare, Roularta, 2006, p. 166.
- SWENNEN, F., “De hervorming van het voorlopig bewind”, in SENA EVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 141-205.

- SWENNEN, F., “Grondvoorwaarden/bekwaamheid, beslikker”, in VERBEKE, A., BUYSENS, F. en DERYCKE, H. (eds), *Vermogensplanning met effect na overlijden. Erfrecht en testamenten*, Gent, Larcier, 2005, 15-19.
- SWENNEN, F., *Familierecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 299.
- TAYMANS J.F., “Les personnes protégées par la loi du 18 juillet 1991 et le contrat de mariage”, in MEULDERS-KLEIN, M.T. (ed.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 331-338.
- VAN QUICKENBORNE, M., *Contractuele erfstelling*, Gent, Story-Scientia, 1991, p. 359.
- WARLET, F.-J., *L’administration provisoire des biens. Manuel pratique de l’administration provisoire des biens de personnes vulnérables*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 350.
- WUYTS, T., *Vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 314.
- WUYTS, T., “Recente ontwikkelingen inzake het vermogensbeheer door ouder(s), voogd en voorlopige bewindvoerder. Capita selecta”, in X. (ed.), *Recht in beweging 2006*, Antwerpen, Maklu, 2006, 159-179.
- WYLLEMAN, A., “Art. 488bis, b) B.W.”, in X. (ed.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, losbl.
- WYLLEMAN, A., “Familiaal vermogensrecht”, in X. (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat 5*, Brugge, Die Keure, 2003, 17-95.
- WYLLEMAN, A., “Kanttekeningen bij enkele recente ontwikkelingen in het patrimoniaal familierecht”, in BAEL, J. et al. (eds.), *Liber amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 233-245.
- WYLLEMAN, A. en BOONE, K., “De voor het notariaat relevante wijzigingen aan het voorlopig bewind”, in X. (ed.), *Voorlopig bewind*, Brussel, Bruylant, 2004, 177-185.

Tijdschriften:

- BLONTROCK, F., “De voorlopige bewindvoerder: de wet van 18 juli 1991”, *T. Not.* 1992, 107-133.
- BOONE, K., “Het voorlopige bewind hervormd”, *Waarvan Akte* 2004, afl. 4, 10-16.

- CALLENS, V., "Schenken aan/door personen onder voorlopig bewind geplaatst (W. 18 juli 1991)", *Jura Falconis* 1998-99, afl. 3, 365-410.
- DE BUSSCHERE, C., "Enkele aspecten van het beroep van de notaris in het begin van de eenentwintigste eeuw", *RW* 2007-08, afl. 12, 466-480.
- DE MEUTER, S., "De nieuwe wetgeving met betrekking tot de bescherming van de persoon en de goederen van de geesteszieke", *Waarvan Akte* 1991, 182-189.
- GOVAERTS, M., "Het bewijs in rechte van de wils(on)geschiktheid van de testateur", *RAGB* 2008, afl. 4, 245-254.
- LABEEUW, N., "Wet 3 mei 2003 op het voorlopig bewind", *Notariaat* 2004, afl. 4, 1-7.
- MOSSELMANS, S., noot onder vred. Brugge 6 september 2004, *T. Vred.* 2005, afl. 8-9, 502-504.
- OOSTERLINCK, K., "Overzicht van rechtspraak (1991-1997) betreffende de wet van 18 juli 1991 inzake het voorlopige bewind", *T. Gez.* 1999-2000, 8-20.
- PINTENS, W. en VERBEKE, A., "Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige", *RW* 1991-92, afl. 6, 169-180.
- PINTENS, W., "Voorlopig bewind en beschikkingen om niet (noot onder Vred. Lier 30 juni 1992)", *Not.Fisc.M.* 1993, afl. 1, 17-22.
- PINTENS, W., "De testeerbekwaamheid van de onder bewind gestelde (noot onder Vred. Aarschot 12 februari 1004)", *RW* 2004-05, afl. 13, 517-519.
- PINTENS, W., "Het testament onder het stelsel van voorlopig bewind van de wet van 18 juli 1991", *RW* 2008-09, afl. 12, 497-499.
- PUELINCKX-COENE, M., "Overzicht van rechtspraak. Giften (1985-1992)", *TPR* 1994, afl. 3, 1615-1856.
- SWENNEN, F., "Het misverstand van de 'theorie van de versterkte toestemming' bij giften", *AJT* 1998-99, 569-574.
- SWENNEN, F., "Het voorlopig bewind hervormd", *RW* 2004-05, afl. 1, 1-17.
- SWENNEN, F., "De uitvoering van de animus donandi van de beschermde persoon onder voorlopig bewind (noot onder Vred. Westerlo 27 augustus 2004)", *RW* 2005-06, afl. 1, 38-39.
- SWENNEN, F., "De testeervrijheid van de beschermde persoon onder voorlopig bewind: grondwetsconform", *T. Fam.* 2010, afl. 2, 30-34.

- VAN DEN BOSSCHE, A., “Om een testament te kunnen maken moet men gezond van geest zijn en zo nodig gemachtigd door de vrederechter”, *T. Not.* 2007, afl. 10, 526-537.
- VAN DEN BOSSCHE, A., “Het testament van de meerderjarige waaraan een voorlopige bewindvoerder is toegevoegd. Toch een taak voor de notaris? (noot bij Vred. Lier 15 maart 2007)”, *T. Vred.* 2007, afl. 5-8, 221-229.
- VAN DEN BOSSCHE, A., “Een oude discussie opgelost (noot onder Hof van Cassatie 10 januari 2008), *Notariaat* 2008, afl. 5, 169-170.
- VAN ROY, B., “Recente rechtspraak inzake de wilsgeschiktheid om te testen en het beroepsgeheim van de geneesheer, *Not. Fisc. M.* 2007, afl. 3, 71-82.
- WITTENS, A., “Voorlopig bewind: le beaujolais nouveau est arrivé... maar kan nog niet gedronken worden”, *Not.Fisc.M.* 2003, afl. 10, 283-290.